



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 075 178 806

7/16-

P 7306



HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 14 1926

Juristisches Leihinstitut
Buchhandlung und Antiquariat
für Rechts- u. Staatswissenschaft
von
Struppe & Winckler
Berlin N.W.
Dorotheenstrasse 82

Germany

Das gemeine Familiengüterrecht.

Erster Band.



Das
* gemeine Familiengüterrecht

mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes.

Von

Gustav Mandry

Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen.

Erster Band.

Tübingen, 1871.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

+

100/100
9/12
7/2

DEC 1 4 1920

Druck von H. Laupp in Tübingen.

Dem
scheidenden
Collegen und Freunde

Dr. Alois Brinz

zugeeignet.



Uebersicht über den Inhalt des ersten Bandes.

	Seite
Einleitung	1—4
Plan des Werkes S. 1—3; Literatur S. 3 und 4 *).	
I. Buch. Die Grundlagen.	
Vorbemerkung	5—6
Die beiden Prinzipien des römischen Familiengüterrechtes: die Vermögensunfähigkeit und die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder.	
I. Kapitel. Die Vermögensunfähigkeit des Hauskinder.	
1. Abschnitt. Das Prinzip im Allgemeinen.	
§ 1. Existenz und Alter des Grundsatzes **)	6 und 7
§ 2. Inhalt des Grundsatzes (I)	6—9
Die Kinder sind vermögensunfähig, nicht bloß vermögenslos.	
§ 3. Inhalt des Grundsatzes (II)	10—28
Die Kinder haben keine Mitberechtigung an dem Patrimonium und zwar weder	
I. im ältesten und älteren Rechte: S. 12 ff.; noch	
II. im classischen Rechte: S. 19 ff.	
1) Innere Unmöglichkeit der Mitberechtigung: S. 19 f.	
2) Der Inhalt der Quellen: S. 23 f.	
3) Die Unvereinbarkeit mit der Gestaltung des römischen Familiengüterrechtes: S. 27 f.	
§ 4. Der Grund der Vermögensunfähigkeit (I)	28—30
Die Vermögensunfähigkeit hat ihren Grund in der Exi-	

*) Zu den im ganzen Bande enthaltenen Citaten aus dem Corpus Juris Civilis ist zu bemerken: dass die Institutionenstellen citirt werden nach der Ausgabe von P. Krüger (1867), die Digestenstellen nach der Ausgabe von Th. Mommsen (1870); die Codexstellen nach der Ausgabe von Herrmann (1853); die Novellen nach der Ausgabe von Osenbrüggen (1858).

**) Auf S. 7 oberste Zeile ist statt „Dotalklagen“ zu lesen „Noxalklagen“.

VIII

	Seite
stenz der patria potestas. (Abweisung der Trennung von jus und potestas: S. 29 f.)	
§ 5. Der Grund der Vermögensunfähigkeit (II)	30—34
Die Vermögensunfähigkeit ist keine unselbstständige Folge der juristischen Natur der potestas: weder	
1) der Eigenthumsnatur: S. 31 f.; noch	
2) der in der Gewalt gelegenen Willensherrschaft (jus): S. 32 f., noch	
3) der Personeneinheit: S. 33 und 34.	
§ 6. Der Grund der Vermögensunfähigkeit (III)	35—56
Die Vermögensunfähigkeit ist unmittelbar mit der Organisation der römischen Familie gegeben.	
I. Der Zusammenhang und die Uebereinstimmung der römischen Familien-Organisation mit der Organisation der Familie bei den anderen indo-germanischen Völkern nämlich bei den Indern; S. 37 f.; bei den Hellenen: S. 39 f.; bei den Germanen: S. 43 f.	
II. Die Differenzen der römischen Familienorganisation gegenüber der Organisation der Familie bei den anderen indo-germanischen Völkern (Lebenslänglichkeit der Gewalt und Steigerung der Unterwerfung bis zur Rechtlosigkeit): S. 46 f.; und die Gründe dieser Differenzen: S. 49 f.	
II. Abschnitt. Die Entwicklung des Prinzipes und seiner Folgesätze.	
I. Der Erwerb des Hausvaters durch die Hauskinder.	
§ 7. Die Fähigkeit der Hauskinder zu der Vornahme von Erwerbsgeschäften (I)	56—62
Constatirung der Fähigkeit: S. 56 f., und Untersuchung der Frage, wann und aus welchen Gründen dieselbe anerkannt worden ist: S. 58 f.	
§ 8. Die Fähigkeit der Hauskinder zu der Vornahme von Erwerbsgeschäften (II) . . .	63—65
Die Ausnahme, welche für die in jure cessio gemacht ist, und deren Tragweite.	
§ 9. Die Fähigkeit der Hauskinder zu der Vornahme von Erwerbsgeschäften (III) . . .	66—72
Die einzelnen Voraussetzungen der Erwerbsfähigkeit und zwar	
1) die rechtlichen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit: S. 66 f.;	
2) die natürlichen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit: S. 67;	
3) die Voraussetzungen des Erwerbes, die zugleich Voraussetzungen der Fähigkeit zur Vornahme der Erwerbsakte sind: S. 67 f.;	
4) die sonstigen Voraussetzungen des Erwerbes: S. 72.	

IX

	Seite
§ 10. Das Objekt des Erwerbes (I *)	73—80
Das Hauskind kann dem Hausvater alle Werthe und Rechte erwerben, welche eine gewaltfreie Person sich verschaffen kann.	
Constatirung dieses Grundsatzes: S. 73; und nähere Bestimmung desselben:	
I. in Bez. auf den Besitz, und zwar	
1) Möglichkeit des Besitzerwerbes per personam subjectam und Grund dieser Möglichkeit: S. 74 f.;	
2) die Voraussetzungen des Besitzerwerbes in der Person des Hausvaters und des Hauskindes: S. 77 f.	
§ 11. Das Objekt des Erwerbes (II)	80—86
II. in Beziehung auf die Personalservituten:	
1) Anwendbarkeit des Grundsatzes: S. 81 f.;	
2) die Beurtheilung der Servituten ex persona filii-familias: S. 82 f.;	
3) die Eigenthümlichkeiten des Erwerbes des usus: S. 85 f.	
§ 12. Das Objekt des Erwerbes (III)	86—98
III. in Beziehung auf die Forderungsrechte: S. 86 f.;	
1) Forderungsrechte mit Leistung an die gewaltunterworfenen Person: S. 87 f.;	
2) societas und mandatum: S. 90 f.;	
3) naturale Forderungsrechte: S. 93 f.;	
IV. in Beziehung auf die Klagerechte (Formelfassung): S. 95 f.;	
V. in Beziehung auf die Einrederechte: S. 96 f.	
1) Benützbare der Einrederechte durch den Haussohn: S. 97.;	
2) Stellung des pactum de non petendo auf die Person des Haussohnes: S. 97 f.;	
3) Aushilfe durch exceptio doli: S. 98.	
§ 13. Das Objekt des Erwerbes (IV)	98—118
VI. in Beziehung auf hereditates und legata.	
1) Auf wen bezieht sich die testamentarische Verfügung? S. 98 f.;	
2) Die Voraussetzungen des Erwerbes des Vermächtnisses und der hereditas: S. 101 f.;	
3) Die Nothwendigkeit des jussus zu der Erbschaftsantretung und die nähere Gestaltung des jussus: S. 104 f.	
4) Die Wirkung der Erbschaftsantretung — namentlich die Unabänderlichkeit des Erwerbes: S. 111 f.; die Beziehung desselben auf das universum jus:	

*) Auf S. 80 Z. 6 von unten ist zu lesen „ignorante patrefamilias“.

S. 114 f.; die Beschränkung der Wirkung auf den
Erwerb der Erbschaft: S. 115 ff.

- § 14. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einer Seite des Hauskindes anderer
Seite des Hausvaters (I) 119—127
Die Beziehung zu dem Willen des Hauskindes:
1) dolus, metus, error u. s. f.: S. 120 f.;
2) Absicht des Erwerbes für den Hausvater: S. 122 f.;
3) Absicht des Erwerbes für dritte Personen: S. 124 f.
- § 15. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einer Seite des Hauskindes anderer Seite
des Hausvaters (II) 127—131
Die Beziehung zu dem Willen des Hausvaters:
1) das Wissen und Wollen des Hausvaters in Bez. auf
die wesentlichen Bestandtheile des Rechtsgeschäftes:
S. 127 f.;
2) der Erwerbswille des Hausvaters: S. 130 f.;
3) der Erwerbsakt, den der Hausvater statt des Haus-
kindes vornimmt: S. 131.
- § 16. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einer Seite des Hauskindes anderer Seite
des Hausvaters (III) 132 u. 133
Die Dispositionsmacht des Hausvaters über die Arbeits-
und Erwerbskraft des Hauskindes.
- § 17. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einer Seite des Hauskindes anderer Seite
des Hausvaters (IV) 134—142
Das Verhältniss des Erwerbes durch gewaltunterworfenen
Personen zu dem Erwerbe durch Stellvertreter.
1) Ersatz der Stellvertretung durch die Geschäfte
der personae subjectae: S. 135 f.;
2) das alieno nomine agere des Hauskindes und
des Hausvaters: S. 137 f.;
3) das Eingreifen der Stellvertretungsgesichtspunkte
bei der Concurrenz von Gewalthabern: S. 139 f.;
4) die Vertretung des Hausvaters durch das Hauskind
ausserhalb der Erwerbsgeschäfte: S. 140 f.
- § 18. Die Wirkung des Erwerbsgeschäftes (I) 142—146
Das Erwerbsgeschäft des Hauskindes entfaltet in der Per-
son des Hausvaters die Wirkungen des gleichen von einer
gewaltfreien Person vorgenommenen Rechtsgeschäftes:
S. 142 f.;
Formulirung des Grundsatzes: S. 143 f.
- § 19. Die Wirkung des Erwerbsgeschäftes (II) 146—150
Die Folgerungen des aufgestellten Grundsatzes und
zwar speziell:
1) bei zweiseitigen Geschäften (namentlich ex-
ceptio non adimpleti contractus): S. 146 f.;
2) in Beziehung auf Compensation, S. 148 f.;
3) in Beziehung auf Handlungen und Unterlassungen
des Hauskindes nach dem Erwerbe: S. 149 f.;

- 4) in Bez. auf restitutio propter minorem aetatem:
S. 150.
- § 20. Die Erwerbsgeschäfte des Hauskindes mit dem Hausvater 150—165
Erwerbsgeschäfte des Hauskindes mit dem Hausvater sind
wirkungslos:
1) Umfang der Wirkungslosigkeit: S. 152 f.;
2) Grund der Wirkungslosigkeit: S. 153 f.;
3) Intensivität der Wirkungslosigkeit: S. 154 f.;
4) Naturalschulden als Folge solcher Geschäfte:
S. 157 f.
- § 21. Der Erwerb durch Arrogation 165—183
I. Die acquisitio per arrogationem als acquisitio per uni-
versitatem: S. 165 f.;
II. Die Wirkungen der Arrogation auf die einzelnen Ver-
mögensbestandtheile:
1) Rechte, welche dem Arrogatus verbleiben: S. 168 f.;
2) Rechte, welche dem Pater arrogans erworben wer-
den: S. 170 f.;
3) und 4) Rechte, welche mit der Arrogation erlöschen:
S. 172 f., 182 f.
II. Die Vermögenslosigkeit der Hanskinder.
- § 22. Die Vermögenslosigkeit und deren Folgen im Allgemeinen 183—186
Uebersicht über die Folgen: S. 183 f., speziell die Pro-
zessunfähigkeit des älteren Rechtes: S. 184 f.
- § 23. Die Unmöglichkeit einer Beerbung des Hauskindes 187—189
Grund der Beerbungsunfähigkeit.
- § 24. Der Mangel der Testirbefugniss 189—195
Der Grund des Mangels der Testirbefugniss: S. 189 f.; dessen
Ausdehnung und Folge: S. 191 f.; und zwar speziell
1) in Beziehung auf Testamente und Codizille, Erb-
einsetzungen und Vermächtnisse: S. 191 f.;
2) in Bez. auf mortis causa donationes: S. 192 f.;
3) in Bez. auf Verfügungen, die mit Rücksicht auf die
Lösung der Gewalt getroffen werden: S. 193 f.;
4) in Beziehung auf den Einfluss der Arrogation: S. 194 f.
- III. Abschnitt. Die Abschwächung des Prinzipes.
- § 25. Die Abschwächung des Prinzipes im Allgemeinen 195—199
Der Gesichtspunkt, unter welchem die Abschwächung ein-
tritt: S. 195 f.; Uebersicht über die einzelnen Sätze,
in welchen solche zu Tage tritt: S. 198 f.
I. Der Schutz der während Dauer der Gewalt hervortretenden
Interessen des Kindes.
- § 26. Die Benützung der Klagerechte des Hausvaters durch das Hauskind 200—204
Ausgangspunkt und formelle Behandlung: S. 200 f.; Voraus-
setzungen (Ziff. 1): S. 202 f.; Wirkungen (Ziff. 2): S. 203 f.

XII

	Seite
§ 27. Die eigenen Klagerechte des Hauskindes	204—229
I. Der zu Grunde liegende Gedanke — untersucht in Beziehung auf	
1) die actio injuriarum: S. 206 f.;	
2) die actio in factum wegen in jus vocatio: S. 208;	
3) das interdictum quod vi: S. 208 f.;	
4) die actiones depositi und commodati: S. 212 f.	
II. Die Ableitung allgemeiner Sätze:	
1) die angebliche Befugniss der Hauskinder, alle actiones in factum proprio nomine anzustellen: S. 217 f.;	
2) die Sätze, die angeblich aus L. 8 bis L. 10 cap. dem. 4. 5. resultiren: S. 218 f.;	
3) die Befugniss der Hauskinder zur Anstellung der actiones vindictam spirantes: S. 224 f.	
III. Die nähere Gestaltung der eigenen Klagerechte des Hauskindes: S. 224 f.;	
IV. Die querela inofficiosi testamenti: S. 227 f.	
§ 28. Klagbare Ansprüche zwischen Hausvater und Hauskind (I)	229—234
Die rechtliche Natur der betreffenden Ansprüche.	
§ 29. Klagbare Ansprüche zwischen Hausvater und Hauskind (II)	234—246
Die Dotationspflicht und zwar	
1) die Zeit der Anerkennung: S. 234 f.;	
2) die verpflichteten Personen: S. 236 f.;	
3) die Subsidiarität der Verpflichtung: S. 239 f.;	
4) der Umfang der Verpflichtung: S. 240 f.;	
5) der Verlust des Anspruches durch Verletzung der dem Dotationsberechtigten obliegenden Pflichten: S. 241 f.;	
6) die Verpflichtung zu wiederholter Dotirung: S. 242 f.	
§ 30. Klagbare Ansprüche zwischen Hausvater und Hauskind (III)	246—266
Die Alimentationspflicht und zwar	
1) die Zeit der rechtlichen Anerkennung: S. 246 f.;	
2) die verpflichteten Personen: S. 247 f.; namentlich die Geschwister (a): S. 248 f.; die Verschwägerten (b): S. 249 f.; die Erben der Verpflichteten (c): S. 250 f.; die Reihenfolge der Verpflichteten (d): S. 252 f.; die Concurrenz mehrerer Verpflichteten: S. 256.	
3) Der Inhalt und die Voraussetzungen der Rechtspflicht: S. 256 f.; namentlich der Inhalt der Verpflichtung (a): S. 258 f.; das Bedürfniss der Unterstützung in der Person des Berechtigten (b): S. 261 f.; die Fähigkeit zur Alimentation in der Person des Pflichtigen (c): S. 263 f.;	
4) Rechtsstreit und Beweislast: S. 265 f.;	
5) der Ersatz geleisteter Alimente: S. 266.	

II. Der Schutz der mit der Lösung der Gewalt hervortretenden Interessen des Kindes.

- § 31. Unmittelbarer Uebergang von Rechten auf das gewesene Hauskind 267—270
- Einzelne Rechte gehen mit der Lösung der Gewalt ohne Vermittlung durch die erbrechtliche Succession oder durch die Annahme eines durante potestate bestehenden Rechtsverhältnisses auf das Hauskind über, nämlich
- I. die in § 27 genannten actiones: S. 267 f.;
 - II. diejenigen Rechtsverhältnisse, welche in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit als faktische Verhältnisse betrachtet werden: S. 248 f.;
 - III. unter Umständen die Rechtswirkungen derjenigen Geschäfte, deren Realisirung ausdrücklich auf die Lösung der Gewalt hinausgerichtet ist: S. 269 f.
- § 32. Vermittelter Uebergang von Rechten auf das gewesene Hauskind 271—288
- In anderen Fällen gehen Rechte und Werthe auf das gewesene Hauskind über zwar ohne Vermittlung durch die Erbfolge in das Patrimonium, aber vermittelt durch Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte, die während Dauer der Gewalt zwischen Hausvater und Hauskind eine gewisse Wirksamkeit erhalten: nämlich
- I. im Falle der durante potestate wirksam werdenden letztwilligen Verfügung eines Dritten: S. 271 f.;
 - II. bei Schenkungen des Hausvaters an das Hauskind: S. 274 f.; speciell
 - 1) über die Unwirksamkeit solcher Schenkungen: S. 279;
 - 2) über deren Convalescenz im Falle Vorabsterbens des nicht widerrufenden Gewalthabers: S. 279 f.;
 - 3) Realisirung der Convalescenz durch den Theilungsrichter: S. 283 f.;
 - 4) die convalescirte Schenkung als mortis causa donatio: S. 287;
 - 5) Schenkungen zwischen den unter derselben väterlichen Gewalt stehenden Hauskindern: S. 287 f.
 - III. Die Dos des Hauskindes.
- § 33. Die für die Ehe des Haussohnes bestellte Dos 288—304
- I. Die Dos kommt in das Vermögen des Hausvaters: S. 288 f.;
 - II. die Dos steht in rechtlichen Beziehungen zu dem Haussohne, die sich
 - 1) als Anwartschaft des Haussohnes auf die Dos darstellen: S. 292 f.;
 - 2) über eine Anwartschaft nicht hinausgehen: S. 299;
 - 3) ihren einzigen Grund in der materiellen Bestimmung der Dos haben: S. 299 f.

XIV

	Seite
§ 34. Die für die Ehe der Haustochter bestellte Dos (I)	304—310
Die Dos der Haustochter ist während Dauer der Ehe zwar res uxoris: S. 305 f., aber ohne dass der Haustochter Rechte an der Dos oder auf die Dos zustehen würden: S. 306 f.	
§ 35. Die für die Ehe der Haustochter bestellte Dos (II)	311—339
Die dos filiaefamilias nach Lösung der Ehe:	
I. das Rechtssubjekt	
1) der actio de dote: S. 311 f.;	
2) der dos soluta: S. 317 f.;	
II. Die Einwirkung der materiellen Bestimmung der Dos	
1) auf die actio de dote: S. 319 f.;	
2) auf die dos soluta: S. 333 f.	

II. Kapitel. Die Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes.

I. Abschnitt. Das Prinzip im Allgemeinen.

§ 36. Constatirung des Grundsatzes	339—340
§ 37. Die Entstehungszeit des Grundsatzes	340—345
Die Unwahrscheinlichkeit seines Bestehens im ältesten Rechte: Z. 340 f.; die wahrscheinlichen Gründe der Ent- wicklung desselben: S. 343 f.	

II. Abschnitt. Die nähere Gestaltung des Prinzipes.

§ 38. Die Voraussetzungen der Verpflichtungsfähigkeit	345—350
Die Gleichheit dieser Voraussetzungen mit den Voraus- setzungen der Verpflichtungsfähigkeit der gewaltfreien Personen: S. 346 f.; Zurückweisung einer für die Frauens- personen behaupteten Ausnahme: S. 347 f.	
§ 39. Die Verpflichtungsgründe (I)	350—351
Grundsatz: Die einen paterfamilias obligirenden Causae ob- ligiren auch den filiusfamilias.	
§ 40. Die Verpflichtungsgründe (II)	351—359
Die Delikte und Quasidelikte der Hauskinder; speziell:	
I. Einwirkung der Unterwerfung auf das Vorhanden- sein eines Deliktes: S. 352 f.;	
II. Die Delikte der Hauskinder gegen den Gewalthaber oder eine in der gleichen Gewalt stehende Person: S. 354 f.	
§ 41. Die Verpflichtungsgründe (III)	360—365
Die Anwendung des Grundsatzes (§ 39) auf Contracte und Quasicontracte; speziell:	
I. auf Verträge, zu deren Thatbestand ein Werthüber- gang gehört: S. 360 f.;	
II. auf Verträge, die im Auftrag oder Interesse des Hausvaters oder eines Dritten abgeschlossen worden sind: S. 364 f.	

XV

	Seite
§ 42. Die Verpflichtungsgründe (IV)*)	365—386
Die vertragsmässige Verpflichtung der Hauskinder gegenüber dem Hausvater; und zwar	
I. die Unwirksamkeit der solche bezweckenden <i>causae obligatoriae</i> : S. 366 f.;	
II. die Entstehung einer <i>naturalis obligatio</i> aus solchen: S. 370 f. (Grundsatz und Grund: 370 f.; Selbstständigkeit der Naturschulden gegenüber dem <i>Peculium</i> : 374 f.; die einzelnen <i>causae</i> : 375 f.; Inhalt und Umfang der Naturschulden: 378 f.; Aufhebung: 383 f.)	
III. Die Geltung der Sätze unter I. und II. für Geschäfte unter den durch die gleiche Gewalt verbundenen Personen: S. 384.	
IV. Die Einwirkung nachträglicher Entstehung der Gewalt unter den durch eine <i>Obligatio</i> verbundenen Personen: S. 385 f.	
§ 43. Die Verpflichtungsgründe (V)	386—398
Die Verpflichtungsgründe aus der Zeit vor der Gewalt; speziell die Einwirkung der <i>capitis deminutio minima</i> auf den Fortbestand der Schuld: S. 387 f.; und die Beseitigung dieser Einwirkung durch <i>In Integrum Restitutio</i> : S. 391 f.	
§ 44. Umfang und Intensivität der Verpflichtung	398—403
Umfang: S. 398 f.; Intensivität und zwar in spezieller Anwendung auf das <i>beneficium restitutionis in integrum</i> : S. 399 f.; in Beziehung auf die <i>exceptiones compensationis</i> und <i>non adimpleti contractus</i> : S. 402 f.	
§ 45. Die Wirksamkeit der Verpflichtung (I)	403—414
Die Wirksamkeit <i>durante potestate</i> , namentlich die Frage nach der Exequirbarkeit der Schulden der Hauskinder: S. 404 f.	
§ 46. Die Wirksamkeit der Verpflichtung (II)	414—431
Die Wirksamkeit nach Lösung der Gewalt und zwar	
I. Einfluss der <i>capitis deminutio</i> auf den Fortbestand der Schulden: S. 414 f.	
II. die Kompetenzeinrede des gewesenen Hauskindes: S. 417 f. (Bedeutung und Grund: 417 f.; Voraussetzungen: 420 f.; Inhalt: 427 f.)	
III. Ueberwälzung gewisser Schulden auf den Hausvater oder dessen Nachlass: S. 431 f.	

*) In der Ueberschrift von § 42 auf S. 365 sollte es heissen: Vertragsmässige Verpflichtung des Hauskindes gegenüber dem Hausvater.

III. Abschnitt. Die Abschwächung des Prinzipes durch das S.C. Macedonianum.

- § 47. Das Senatusconsultum im Allgemeinen 481—341
- I. Zeit des Senatusconsultes: S. 483 f.;
 - II. Veranlassung desselben: S. 486;
 - III. Angebliches Rechtsprinzip: S. 486 f.;
 - IV. Zweck, Bestimmungsgrund, Mittel und Rechtfertigung: S. 488 f.
- § 48. Die Voraussetzungen des im Senatusconsulte enthaltenen Verbotes 441—445
- I. Vertragsabschluss durante potestate: S. 441 f.;
 - II. Bekanntschaft des dritten Contrahenten mit dem Bestehen der potestas: S. 443 f.;
 - III. Darlehensqualität des Geschäftes: S. 450 f.;
 - IV. Mangel der Zustimmung des Hausvaters: S. 456 f.;
 - V. Mangel der versio in rem patris: S. 462 f.
- § 49. Die Wirkungen des Verbotes (I) 465—475
- Die Wirkungen im Allgemeinen, und zwar
- I. Grund und Bedeutung der Exceptionsmässigkeit: S. 466 f.;
 - II. Grund und Bedeutung der Entstehung einer obligatio naturalis: S. 470 f.
- § 50. Die Wirkungen des Verbotes (II) 475—502
- Die Exceptio S. C. Macedoniani und zwar
- I. Wer kann die Exceptio vorschützen? S. 475 f. (der Haussohn: 475; der Hausvater: 476; die Intercedenten: 476 f.; die Erben: 482.)
 - II. Wem gegenüber kann die Exceptio vorgeschützt werden? S. 482 f. (gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger: 482 f.; gegenüber den Successoren, selbst unter Umständen gegenüber den Delegataren: 484 f.)
 - III. Welche Klage kann durch die Einrede beseitigt werden? S. 486 f. (rei vindicatio? 487; actio de peculio und tributoria? 487; actio iudicati? 489 f.)
 - IV. Kann die Einrede durch den Willen der verpflichteten Personen beseitigt werden? S. 490 f. (restitutio des Hausvaters: 490 f.; Verzicht des Haussohnes: 491 f.; Verzicht der sonstigen Interessenten: 501.)
 - V. Welches sind die Wirkungen der Einrede? S. 501 f.
- § 51. Die Wirkungen des Verbotes (III) 502—524
- Die obligatio naturalis, die der Exceptio unerschütet übrig bleibt, hat folgende Wirkungen:
- I. soluti retentio: S. 502 f. (Grund der Gültigkeit

XVII

der Zahlung: 502 f.; Zahlung durch das Hauskind aus einem in dessen Administration stehenden Peculium: 505 f.; ex re patris oder aus einem Peculium sine administratione: 507 f.)

- II. Möglichkeit der Novation: S. 513 f. (Novation Seitens des gewaltfrei gewordenen Haussohnes ohne Delegation: 514 f.; Seitens des Haussohnes durante potestate und einem neuen Gläubiger gegenüber: 518; Seitens des paterfamilias: 518; Conclusionen: 518 f.)
- III. Die Möglichkeit der Sicherstellung durch Bürgschaft und Pfand: S. 519 f.;
- IV. Die Möglichkeit eines constitutum debiti proprii: S. 520 f.;
- V. Die Zulässigkeit der Compensation: S. 521 f.

Die Familie gehört unmittelbar nicht dem Gebiete des Vermögensrechtes, überhaupt nicht des Rechtes an, erhält aber mit innerer Nothwendigkeit überall Bedeutung für das Recht und namentlich für die vermögensrechtliche Stellung der zu ihr gehörenden Personen.

Diese Einwirkung der Familie auf das Vermögensrecht darzustellen, ist die Aufgabe der vorliegenden Schrift. Indessen hat sich dieselbe ihre Aufgabe in doppelter Beziehung beschränkt.

Einmal soll der Einfluss nur der engeren, nicht der weiteren Familie auf das Vermögensrecht dargestellt werden und auch diess mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes. Die Rückwirkung der weiteren Familienverbindung (der Verwandtschaft) auf das Vermögen der Familiengenossen geht nämlich nahezu auf in gewissen Instituten des Erb- und Vormundschaftsrechtes und hat ausserhalb derselben nirgends zu der Entstehung selbstständiger Rechtsinstitute geführt. Das eheliche Güterrecht aber wird seit dem Verschwinden der Manusehe von einem Prinzipie beherrscht, das mit den die Einwirkung der väterlichen Gewalt auf das Vermögen bestimmenden Grundsätzen lediglich nichts gemein hat. Die gleichzeitige Behandlung des ehelichen Güterrechtes und des sonstigen Familiengüterrechtes wäre desshalb ohne innere Rechtfertigung, und unterbleibt folgeweise besser. Denn ein selbstständiges Bedürfniss zu einer erneuten Darstellung des ehelichen Güterrechtes liegt nicht vor. Hat doch das römische Dotalrecht in neuester Zeit wiederholt umfassende und eingehende Behandlungen erfahren: während die Rückwirkung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern auf das Vermögensrecht weder in älterer noch in neuerer Zeit eine monographische Bearbeitung erhalten hat, und Fragen von prinzipieller und praktisch erheblicher Bedeutung, wie über Existenz und Bedeutung

des profectizischen Peculium und der adjectizischen Klagen, über die Gültigkeit der Verträge zwischen Hausvater und Hauskind im heutigen Rechte, zwar bestritten, aber nirgends ausreichend erörtert und befriedigend beantwortet sind.

Weiterhin soll nur das gemeine Familiengüterrecht zur Darstellung gebracht werden — also mit Ausschluss der particularrechtlichen Bestimmungen, soweit nicht in solchen gerade die Grundgedanken des gemeinen Rechtes ihren Ausdruck finden, und mit Ausschluss der Rechte, welche auf das gemeine Recht Deutschlands nicht eingewirkt haben.

Dem gemeinen Familiengüterrechte liegt nun in der Hauptsache das römische Recht zu Grunde. Die Darstellung hat sich desshalb zum grösseren Theile mit dem römischen Familiengüterrechte zu befassen, und hier, der Entwicklung und Gestaltung des römischen Rechtes entsprechend, die väterliche Gewalt zu ihrem Ausgangs- und Mittelpunkt zu nehmen. Aber das römische Familienrecht und speciell das Institut der väterlichen Gewalt hat bei dem Uebergange nach Deutschland und seit demselben nicht bloss einzelne Aenderungen und Fortbildungen erfahren, sondern ist einer prinzipiellen Umgestaltung unterworfen worden. Diese Umgestaltung hat theilweise auch das Familiengüterrecht ergriffen, und noch in höherem Grade den Fortbestand gewisser Institute desselben wenigstens in Frage gestellt. Diess macht es nöthig, den Prinzipien des einheimischen Rechtes eine selbstständige Untersuchung zu Theil werden zu lassen, und unthunlich, die heutige Gestaltung in ungetrennter Verbindung mit der Darstellung des römischen Rechtes zu entwickeln. Es soll desshalb zunächst das römische Familiengüterrecht rein dargestellt und erst nach dessen Darstellung die Umgestaltung desselben bei und nach der Reception untersucht werden. Diese Scheidung wird zugleich möglich machen, die Richtung, in welcher die Rechtsfortbildung vor sich geht und von Wissenschaft und Gesetzgebung zu fördern ist, zu erheben und zu fixiren.

Aber selbst in der Entwicklung des römischen Rechtes lässt sich nicht rein systematisch vorgehen. Das Familiengüterrecht der Römer, wie es von der Jurisprudenz bis in das feinste Detail durchgebildet und in dem bei weitem grössten Theile aller Fragmente der justinianeischen Compilation zum Ausdruck gekommen ist, be-

ruht auf Prinzipien, die in der Kaiserzeit, namentlich in der nachclassischen Kaiserzeit zunächst durchbrochen, unter Justinian der Hauptsache nach aufgegeben und durch entgegengesetzte Grundsätze ersetzt worden sind. Diese neueren Grundsätze entbehren nicht nur aller Detaildurchbildung, sondern sind auch ohne genaue Abgrenzung ihrer Tragweite und ihres Inhalts geblieben. Ihre Feststellung muss deshalb der systematischen Entwicklung des justinianeischen Rechtes vorausgehen, ist aber selbst wiederum mit der erforderlichen Genauigkeit ohne Eingehen in das Detail des classischen Rechtes nicht möglich. So erscheint es als geboten, mit einem in's Detail gehenden Systeme des auf den alten Prinzipien beruhenden Güterrechtes zu beginnen, in dem weiteren Verlaufe die Entstehung und den Inhalt derjenigen Institute darzustellen, durch welche diese Prinzipien schrittweise durchbrochen worden sind, und erst am Schlusse die neue Grundlegung durch Justinian und deren Rückwirkung auf das frühere Recht zu untersuchen..

Hienach und in weiterer Berücksichtigung der in der Geschichte des römischen Familiengüterrechtes hervortretenden Momente von massgebender Bedeutung zerfällt die Entwicklung des gemeinen Familiengüterrechtes in folgende Hauptabschnitte:

- I. Buch. Die Grundlagen.
- II. Buch. Das profectizische Peculium.
- III. Buch. Die Haftung des Hausvaters für das Hauskind.
- IV. Buch. Die castrensischen Peculien.
- V. Buch. Das adventizische Vermögen.
- VI. Buch. Die justinianeischen Prinzipien und deren Rückwirkung auf das bisherige Recht.
- VII. Buch. Das in Deutschland geltende gemeine Familiengüterrecht.

Vorarbeiten für die Lösung der in dieser Weise näher begrenzten und bestimmten Aufgabe, und zwar zum Theile sehr tüchtige Vorarbeiten, sind in den umfassenden Werken über römisches Recht und römische Rechtsgeschichte enthalten; dann aber auch in Monographien, die sich auf einzelne einschlagende Institute beziehen.

Dennoch fehlen solche in weit höherem Grade, als wohl bei irgend einem andern Theile des heutigen gemeinen Civilrechtes.

Denn eine monographische Bearbeitung des ganzen innerlich verbundenen und organisch gegliederten Rechtsstoffes ist nie unternommen worden, und die Monographien über *Patria Potestas*, an welchen wenigstens die früheren Jahrhunderte nicht arm sind, lassen fast ausnahmslos die vermögensrechtliche Seite so sehr zurücktreten, dass in ihnen weitaus kein Ersatz einer selbstständigen Monographie über Familiengüterrecht gefunden werden kann.

Unter diesen Umständen kann denn auch eine Uebersicht über die Literatur zweckmässiger Weise erst bei den einzelnen Instituten gegeben werden, und sind hier nur diejenigen Monographien über die väterliche Gewalt anzuführen, welche der vermögensrechtlichen Seite eine grössere Aufmerksamkeit widmen, als gewöhnlich der Fall ist. Diess ist etwa der Fall bei drei Schriften von unter sich sehr ungleichem Werthe, nemlich bei

Ascanii Clementini *Tractatus de patria potestate* ed. 2^a

Helmstadtii opera Jo. Dencker 1676.

Phil. Paschalis *Tractatus de viribus patriae potestatis*.

Augustae Taurinorum 1619.

Ant. Fabri *De patria potestate* (Tit. IX. *Jurisprud. Papinianae*) Lugduni 1658.

Alle übrigen Werke, die als Monographien über die väterliche Gewalt auftreten oder wenigstens zur Noth als solche angesehen werden können wie

Seb. Monticuli *Tract. de patria potestate* Patavii 1576.

Joh. Harpprecht *Comment. de patria potestate* ed. 2^a
Tubingae 1613.

Ch. Gebauer *Diss. I. und II. de patria potestate* 1750 und 1751 (abgedruckt in den *Exercit. acad. I.*).

Abr. Perrenot *De patr. potest.* 1775 (abgedruckt in den *Exercit. Fascic. I. Groningae* 1775).

Lactantii Valsechii. *Vindiciae Vet. Rom. Legum de patria potestate* 1804.

verdienen entweder überhaupt oder wenigstens in Beziehung auf das Familiengüterrecht schon der Dürftigkeit ihres Inhalts wegen keinerlei besondere Hervorhebung.

I. Buch. Die Grundlagen.

Dem römischen Familiengüterrechte liegen in klassischer Zeit zwei sich ergänzende Prinzipien zu Grunde: Die Unfähigkeit des Hauskindes, Subjekt von Privatrechten, speziell von Vermögensrechten, also eines (activen) Vermögens zu sein; und die Fähigkeit desselben, sich Dritten gegenüber zu verpflichten, also Schulden zu haben.

Jenes erste Prinzip steht in engster Verbindung mit der weiteren Regel: dass aller Erwerb der Hauskinder rechtlich Erwerb des Hausvaters ist. Beide Sätze gehören wohl schon dem ältesten Rechte an, sind im classischen Rechte als Prinzipien festgehalten und erleiden nur wenige Ausnahmen, die durchaus auf besondern Gründen beruhen und die Regel nicht alteriren. Doch ist im castrensischen Peculium eine zunächst anomale Durchbrechung dieser Grundgedanken enthalten, und werden im nachclassischen Rechte die Prinzipien selbst allmählig und stückweise aufgegeben: bis sie unter Justinian aus Prinzipien zu Ausnahmebestimmungen werden.

Der zweite Grundgedanke ist wahrscheinlicher Weise nicht von so hohem Alter, wie die Vermögensunfähigkeit; er bleibt aber, nachdem er einmal feststeht, ohne weitere Entwicklung und allmähliche Ausstossung bis in das justinianeische Recht ungeändert bestehen — ergänzt durch die Verhaftung des Hausvaters, die unter Umständen neben die Haftung des Hauskindes tritt, und abgeschwächt durch Versagung der Klagbarkeit, die unter bestimmten Voraussetzungen Rechtens ist.

Die folgende Ausführung wird in Kap. 1 die Vermögensunfähigkeit und deren Correlat, den Erwerb des Hausvaters durch das Hauskind, in Kap. 2 die Verpflichtungsfähigkeit darstellen.

Erstes Kapitel. Die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes.

Erster Abschnitt. Das Prinzip im Allgemeinen.

§ 1. Existenz und Alter des Grundsatzes.

Das Hauskind erwirbt Alles, was es erwirbt, dem Hausvater und kann selbst kein Vermögen haben.

Dieser Satz, namentlich die erste Hälfte desselben, ist in einer grossen Anzahl von Stellen aus Juristenschriften bezeugt, in den meisten nur in einzelnen Consequenzen, unmittelbar bei

Gajus II. 87. (ed. Huschke Jurispr. Antej. p. 91 f.) Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus . . . adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. (vgl. L. 10. pr. aq. dom. 41. 1., pr. J. per quas pers. 2. 9.; ausserdem II. 92., III. 163.; Lib. 7. ad Edictum prov. — L. 6. §. 2. usufr. 7. 1.)

Ulpianus XIX. 18. (ed. Huschke l. c. p. 454. f.): Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate . . . habemus. XX. 10, u. a. m.

Paulus lib. I. Manual. (Vatic. fragm. ed. Mommsen § 51.): Adquiri nobis potest ususfructus et per eos, quos in potestate . . . habemus.

Von Zeugnissen aus älterer Zeit ist direkt und unumstösslich die gelegentliche Bemerkung des

Dion. Halic. (ed. Reiske) VIII. 79: *Ῥωμαῖοις οὐδὲν ἰδίον ἐστὶ κτῆμα ζώντων ἐν τῶν πατέρων.*

Ausserdem gehören hieher, wenn zunächst auch nur von der uxor in manu sprechend:

Plautus (ed. Weiss) Casina II. 2. v. 31.; Cicero (ed. Orelli) Top. c. 4. u. a. m.

Es kann indessen nicht bezweifelt werden, dass das Prinzip — wenn von seiner scharfen rechtlichen Formulirung abgesehen wird — der frühesten Periode des römischen Rechtes angehört. Institute, die zum Theil in den sogenannten Königsgesetzen oder in den XII Tafeln erwähnt werden, zum anderen Theile mindestens weit in die republikanische Periode zurückreichen, wie Verkaufs-

recht und Dotalklagen, Peculium und Nebenhaftung des Hausvaters *ex gestis filii*, sind nicht oder nur schwer erklärlich, wenn das Kind in alter Zeit vermögensfähig gewesen wäre und Vermögen gehabt hätte. Die Vereinigung allen Vermögens in der Hand des Hausvaters ferner, und die Vermögenslosigkeit der Hauskinder weist auf absolute Herrschaft des *Paterfamilias* hin; den Charakter absoluter Herrschaft aber trägt die *patria potestas* in der Sache um so entschiedener an sich, je weiter in der spezifisch römischen Rechtsentwicklung zurückgegangen wird. Endlich ist gerade in diesem Punkte bis in die spätere Zeit hinein die völlige Gleichstellung des Hauskindes, des Slaven, der Ehefrau (*uxor in manu*), des vom Hausvater in fremde Gewalt gegebenen Freien (*liberum caput in mancipio*) festgehalten

Gajus II. 86. *Adquiritur — autem nobis... per eos, quos in potestate, manu mancipiove habemus; vgl. ausserdem III. 163; Ulp. XIX. 18; Vat. fragm. 51.*

und hiemit an jene vorgeschichtliche Zeit angeknüpft, in welcher, wie neuerdings namentlich durch Rossbach nachgewiesen worden ist, die hausherrliche Gewalt noch nicht nach den einzelnen Kategorien der Haus- und Familiengenossen geschieden, vielmehr eine einheitliche Herrschaftsgewalt gewesen ist¹⁾.

§ 2. Inhalt des Grundsatzes (Vermögensunfähigkeit, nicht Vermögenslosigkeit).

Die Hauskinder sind nicht vermögenslos, sondern vermögensunfähig, und zwar vermögensunfähig in dem Umfange, dass ihnen auch keine latente Mitberechtigung am Vermögen des Hausvaters zuzukommen vermag.

Dass die Hauskinder nicht blos vermögenslos, sondern in erster Linie vermögensunfähig sind, ergibt sich einmal aus der Darstellung des Gajus:

1) Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe S. 23 f., vgl. übrigens auch von älteren Schriftstellern: Christiansen, Rechtsgeschichte I, 136 f., der die Einheit der Gewalt freilich nur postuliert, nicht nachweist, und in gewisser Beziehung Schröter in der Giessener Zeitschrift XIV, 145 f.; von Späteren Jhering, Geist des röm. Rechtes II, 169 f., der die Beweisführung Rossbachs ergänzt und erweitert; ausserdem Esmarch Röm. Rechtsgesch. 826 f.; Brinz, Pandekten 1154 f.; Lange, Römische Alterth. I, S. 85 f.

Igitur quod liberi nostri... adquirunt... id nobis acquiritur; ipse enim qui in nostra potestate est, nihil suum habere potest (II. 87; vgl. auch die anderen in §. 1 angeführten Stellen aus Gajus).

Denn Gajus führt nicht etwa die beiden Sätze, welche den Erwerb des Hausvaters und die Vermögenslosigkeit der Hauskinder statuieren, als parallellaufende und sich ergänzende Seiten desselben Gedankens auf, und noch weniger, wie diess von neueren Schriftstellern häufig geschieht²⁾, den Erwerb des Vaters als den Grundgedanken, die Vermögenslosigkeit der Kinder als dessen selbstverständliche Consequenz. Ihm ist vielmehr die Vermögenslosigkeit der Kinder der Ausgangspunkt und Grund des väterlichen Erwerbes. Die Vermögenslosigkeit aber kann selbstständiger Ausgangspunkt nur sein, wenn sie zusammenfällt mit der Vermögensunfähigkeit (nihil suum habere potest).

Diese Auffassung ist aber auch — und diess ist der zweite und gewichtigere Beweisgrund — allein geeignet, zu erklären, warum der römischen Jurisprudenz der Gegensatz zwischen den unter Gewalt stehenden und den gewaltfreien Personen (homines alieni juris und sui juris) zu einem Gegensatze in der Privatrechtsfähigkeit geworden ist.

Gajus I. 48 und 49: Sequitur de jure personarum alia divisio. nam quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri sunt subjectae. Sed rursus earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.

Ebenso verhält es sich mit dem Satze, dass das Hauskind, solange es Hauskind bleibt, selbst mit dem Willen des Hausvaters rechtlich kein Vermögen (patrimonium) haben kann — einem Satze, der noch im justinianeischen Rechte darin hervortritt, dass Alles, was ex substantia patris an das Hauskind kommt, ohne Rücksicht auf den Willen des Hausvaters Peculium, also nur factisches Vermögen des Hauskinds ist. Ganz erklärlich und consequent, wenn die Vermögenslosigkeit des Kindes auf der Vermögensunfähigkeit

2) Savigny, System II, 52 f., Walter, röm. Rechtsgeschichte II, § 539; Rein, das Privatrecht der Römer S. 488 fl.; wohl auch Brinz, Pand. S. 1159.

beruht, also nicht Folge des Rechtes des Paterfamilias auf sämtlichen Erwerb ist, würde der Satz bei umgekehrtem Ausgangspunkte in entschiedenem Widerspruche stehen mit der vorwiegend privatrechtlichen Natur der patria potestas, welche Verzichtbarkeit des Erwerbes und hiemit mindestens partielle Aufhebbarkeit der Vermögenslosigkeit gefordert haben würde.

Endlich hat die Vermögensunfähigkeit im oben angeführten Sinne eine Parallele in der Unfähigkeit des Hauskindes, Subject einer familienrechtlichen Gewalt zu sein:

- L. 22. ad Leg. Jul. de adult. 48. 5. (Ulpian. lib. 1 de adult.).. in sua enim potestate videtur non habere, qui non est suae potestatis. Vgl. auch Gellius Noct. atticae (ed. Herz) XVIII., 6. § 9; § 3. J. pat. pot. 1. 9. u. a. m. ⁵⁾.

Hier, wo die unterliegende Familienbeziehung der Natur der Sache nach zwischen dem Haussohne und dem der Gewalt unterworfenen Familiengliede (Kind, Ehefrau) stattfindet, kann der Mangel der rechtlichen Gewalt nur in der Unfähigkeit des Ehemann-Haussohnes und des Vater-Haussohnes, Subject derartiger Rechte zu sein, seinen Grund haben. Diess aber führt auf die generelle Unfähigkeit, Subject von Privatrechten zu sein, zurück — denn die tutela, deren der filius familias fähig ist, ist zu der Zeit, in welcher die Fähigkeit anerkannt wird, mehr munus als potestas, und aus diesem Gesichtspunkt dem Haussohn übertragbar (L. 9. de his qui sui l. 6. — Pomponius lib. 16. ad Quintum Mucium).

3) Der im Texte enthaltene Satz wird nicht alterirt, wenn mit Gajus (II, 159) und Ulpian. Fragm. (XXII, 14) und ohne eigentlichen Gegensatz zu Gellius l. c. und Servius ad Aeneidem XI, 476 angenommen wird: nach römischem Sprachgebrauche sei die manus über die uxor filiofamilias diesem selbst, dem paterfamilias aber die potestas über das als neptis geltende Familienglied zugestanden. Denn die manus filiofamilias kann neben der unbezweifelten potestas patrisfamilias nicht die rechtliche Gewalt über die uxor sein, sondern nur die Basis dieser Gewalt, das eheliche Verhältniss selbst. Hierüber ist denn auch, der anscheinenden Differenz unter den Schriftstellern unerachtet, in Wirklichkeit kein Zweifel. Vgl. einerseits Savigny, System des röm. Rechtes II, S. 53, Jhering, Geist des röm. Rechtes II, § 232. Note 273, Rossbach, die römische Ehe S. 11; andererseits Böcking, Pand. § 45; Walter, röm. Rechtsgeschichte II, § 503; Brinz, Pandekten S. 1208 u. a. m.

§ 3. Inhalt des Grundsatzes (Mitberechtigung an dem Patrimonium).

Die Hauskinder können in Folge ihrer Vermögensunfähigkeit kein Recht haben, das nicht zu dem Vermögen des Hausvaters gehören würde, aber auch keine Mitberechtigung an diesem Vermögen (*patrimonium*).

Letzteres ist insoferne für das in unseren Quellen dargestellte Recht zweifellos, als von einer Mitberechtigung nach Art der *communio pro indiviso* nirgends die Rede, überall vielmehr der Hausvater als der alleinige Eigenthümer, der alleinige Gläubiger u. s. f. aufgeführt ist. Aber fraglich und in alter wie neuer Zeit energisch bestritten ist, ob nicht neben dieser präsenten Alleinberechtigung des *paterfamilias* eine latente Mitberechtigung des *filiusfamilias* angenommen werden muss, — eine Mitberechtigung, die mit dem Wegfalle (Tode) des *paterfamilias* zur Erscheinung kommen und den Anfall des Vermögens an die Hauskinder zur Folge haben würde¹⁾. Die Frage ist indessen auch in dieser Beschränkung zu verneinen.

I. Wenn für das älteste und ältere Recht ein Familienvermögen im Gegensatze zu der ausschliesslichen Berechtigung des Hausvaters in Frage steht, so ist keinenfalls daran zu denken, dass die Gemeinschaft der Familiengenossen am Familienvermögen klar

1) Die ältere Doctrin spricht sich, im Anschlusse an die im Texte II, Ziff. 2 erörterten Quellenstellen vorwiegend für die Bejahung der Frage aus — vgl. die Belege bei Francke, das Recht der Notherben S. 17. Note 14; Mühlenbruch im Commentar XXXVI, S. 144, Note 17; Brinz, Pandekten S. 736 und als die gewichtigsten unter diesen älteren Vertretern der bejahenden Ansicht: Cujacius Op. Omn. I, 1062 sq., Donellus, Op. Omn. II, 351 sq.; ausserdem Paschalis de vir. pat. pot. IV, c. 1; Gebauer de pat. pot. I, c. 10 u. a. m. Im 19. Jahrhundert wurde dagegen die Doctrin im Allgemeinen anderer Ansicht: Zimmern, Rechtsgeschichte (1826) II, § 184. N. 11; Francke a. a. O. (1831) S. 17 fl.; Mühlenbruch a. a. O. (1833) S. 144 f. und daselbst in Note 18 und 19 einige ältere Vertreter dieser Ansicht; von späteren Schriftstellern Leist, Bon. Poss. I, S. 3 f.; A. Schmidt, formelles Notherbenrecht S. 18, Note 45 u. a. m. Neuerdings wird aber die alte Ansicht wieder mehr betont und in verschiedenen Formulierungen vertheidigt: so — ausser in der älteren Arbeit von Burchardi Grundzüge S. 31 f. — von Huschke in Savigny's Zeitschrift XIV (1848) 174 f.; Esmarch, Rechtsgeschichte S. 28, 136; Böcking, Pandekten I. S. 173; Kuntze, Cursus S. 281, 643, 673 fl., namentlich aber von Brinz a. a. O. S. 736 f., 1159, 1172 f.

erfasst und zu rechtlicher Gestaltung gekommen wäre. Wäre diess der Fall gewesen, so liesse sich — ohne die eingreifendsten, aber nirgends bezeugten Aenderungen der socialen Verhältnisse — die entschiedene Alleinberechtigung des *pater familias* bei dem Beginne der urkundlich nachweisbaren Rechtsgeschichte nicht erklären: am Wenigsten für ein Volk, dessen Rechtsentwicklung sich durch ganz besondere Stätigkeit und Folgerichtigkeit auszeichnet.

Nicht ebenso bestimmt kann dagegen die Annahme verworfen werden, dass in jener für uns vorhistorischen Zeit eine scharfe Auffassung des in der Hand des Familienhauptes vereinigten Vermögens überhaupt noch gefehlt, und so die Anschauung, nach welcher solches Familienvermögen wäre, sich da und dort geltend gemacht habe. Diess ist so wenig unmöglich oder unwahrscheinlich, als dass — wie jetzt allgemein angenommen wird — in jener Zeit die einzelnen Richtungen der hausherrlichen Gewalt noch nicht in ihrer begrifflichen Verschiedenheit erfasst und als getrennte Potestaten aufgefasst waren. Ist doch gerade ohne solche Scheidung der einzelnen im Umkreise der Familie hervortretenden Rechte an völlige und bewusste Klarheit über den Inhalt dieser einzelnen Rechte und hiemit auch über die Frage: ob Alleinberechtigung des Hausvaters oder Mitberechtigung der freien Familiengenossen? kaum zu denken.

Aber auch innere Wahrscheinlichkeit hat die Annahme für sich, dass die Auffassung des *Patrimonium* als Familienvermögen in jener Zeit da und dort hervorgetreten sei: sobald nur davon ausgegangen werden darf, dass die freien Familienangehörigen (*liberi in potestate* und *uxor in manu*) bei dem Tode des Familienhauptes ohne Weiteres als Gewalthaber über das hinterlassene Vermögen erschienen sind. Und dass diese Voraussetzung zulässig ist, zeigt nicht bloss eine Mehrzahl feststehender Sätze des alten Erbrechtes, sondern auch die Fassung des bekannten Zwölf-Tafelsatzes, der die Intestaterbfolge nur für den Fall des Mangels von *sui heredes* anordnet:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto (Ulp. XXVI. 1).

also zum Mindesten so viel mit Bestimmtheit erkennen lässt, dass zur Zeit der XII Tafeln die Succession der *sui* eine längst feststehende, gesetzlicher Regulirung nicht bedürftige Thatsache war.

Ist aber das hinterlassene Vermögen ohne Weiteres, wohl selbst ohne dass eine testamentarische Aenderung möglich war, auf die sui übergegangen, so mochte es nahe genug liegen, jenes Vermögen als ein Vermögen aufzufassen, das nicht so fast dem jeweiligen pater familias als der Familie angehört.

Indessen ist mit der Möglichkeit dieser Auffassung noch keineswegs gegeben, dass solche wirklich vorhanden gewesen; noch weniger, dass sie für einzelne rechtlich bedeutende Punkte massgebend geworden ist; am Wenigsten, dass sie der rechtlichen Gestaltung des Verhältnisses in Wirklichkeit entsprochen habe. Will nun zunächst von den unter II. zu besprechenden Aeusserungen einiger Juristen der classischen Zeit hier abgesehen werden, so lässt sich

1) direkt nicht beweisen, dass am Beginne der Entwicklung eine solche Auffassung rücksichtlich der Hauskinder vorhanden gewesen ist.

Denn die Erzählung des Livius (Hist. II. 41.), nach der Hinrichtung des C. Cassius sei dessen Peculium der Ceres geweiht, und aus solchem eine Bildsäule mit der Inschrift:

Ex Cassia familia datum

angefertigt worden, verliert alle Bedeutung, wenn, wie von Livius selbst angedeutet und von anderen Schriftstellern (Dion. Halic. VIII. 79) bestimmt angenommen wird, C. Cassius zur Zeit seines Prozesses nicht Haussohn war, ist aber auch sonst, da die Consecratio auf dem freien Willen des pater familias beruht haben kann, und nach des Livius Erzählung wohl beruht hat, nicht von der erheblichen Beweiskraft, welche ausserdem die Thatsache der Einziehung eines Theiles des Familiengutes behufs Sühne für das Verbrechen des Hauskindes haben würde.

Viel scheinbarere Beweisgründe können in Beziehung auf die uxor in manu, deren Ehe durch confarreatio geschlossen worden ist, beigebracht werden. Eine solche uxor in manu wird nämlich nicht etwa blos in nicht-juristischen Schriften auf Grund der Anschauungen des gewöhnlichen Lebens als domina, als hera aufgeführt — was auch von anderen uxores und nicht minder von den liberi gesagt wird, aber hier wie dort wenig erheblich ist ²⁾ —

2) Belegstellen bei Donellus Op. Omn. II. 354. Note 16, Jhering,

sondern im Contexte uralter Rechtsformeln, zweier von den Alten so betitelter Königsgesetze als Genossin allen himmlischen und weltlichen Gutes bezeichnet:

Κοινωνὸν πάντων εἶναι χρημάτων καὶ ἱερῶν (Dion. Halic. II. 25).

Κοινωνὸν ἐσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους (Dion. Halic. II. 27).

eine Bezeichnungsweise, an welche die viel spätere Legaldefinition der Ehe

Nuptiae sunt... divini et humani juris communicatio (Modestinus in L. 1 ritu nupt. 23. 2).

deutlich genug anklingt.

Und in den uralten Förmlichkeiten, welche die Eheschliessung begleiten, finden sich nicht minder Vorgänge, die auf eine völlige Gemeinschaft des Lebens und Rechtes hinweisen, wie der Gebrauch der Formel

Ubi tu Gajus, ibi ego Gaja

die nach Plutarchs innerlich und äusserlich wahrscheinlicher Erklärung besagen will:

Ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα

wie weiterhin das *aqua et igni accipi*, das Allem nach die Aufnahme in die Heerd- und Hausgenossenschaft des Mannes versinnbildlicht:

quia hae duae res humanam vitam maxime continent (Festus de Verb. Sign. s. v.: *aqua et igni*).

Diese Gebräuche und noch mehr jene auf rechtlichem Gebiete erfolgten Formulirungen³⁾ wären in solcher Weise kaum möglich gewesen, wenn in der Zeit, in welcher sie ihre Entstehung gefunden haben, die Absorption jeder Vermögensfähigkeit der uxor anerkannten und zum Bewusstsein gekommenen Rechtes gewesen, und wenn nicht die Auffassung des Gesamtvermögens als eines dem

Geist des röm. Rechtes II. § 32. Note 318, 319, 324, Brinz 1173. Vgl. auch für den Haussohn Plautus *Trinumus* II, 51 f., wo der *filiusfamilias* zu dem *paterfamilias* sagt:

De meo. nam quod tuum est, meum est: omne meum est autem tuum.

3) Rossbach, Untersuchungen über die röm. Ehe 351 f. (vgl. auch Karlowa, die Formen der röm. Ehe und *Manus* S. 25 f.).

Manne und der Frau gemeinsamen Vermögens mit den massgebenden Rechtsanschauungen verträglich geschienen hätte ⁴⁾. Aber freilich weist die bewusste Beschränkung der Gemeinschaft auf die durch confarreirte Ehe in die manus gekommene uxor auf ein sehr frühes Entstehen und ein baldiges Zurücktreten dieser Anschauung, und ist der Schluss von der uxor auf den filiusfamilias — der späteren Gleichstellung der uxor in manu mit der filiafamilias (Gajus I. 114, 115^b, 118; III. 14) unerachtet — nicht ohne Bedenken. Soll desshalb auch nur für den Beginn der Entwicklung des römischen Familiengüterrechtes der Auffassung einer Mitberechtigung des Hauskindes einige Bedeutung beigelegt werden dürfen, so müssen

2) indirekte Beweisgründe vorliegen, müssen sich namentlich Rechtsinstitute finden, welche, mindestens ihrem Keime nach, dieser Zeit angehören, und anders nicht oder wenigstens nicht leicht sich entwickeln konnten, als bei solchem Ausgangspunkte. Das hier allein in Frage kommende Institut ist das Erbrecht der sui, das an sich, nach der Art seiner Behandlung in den XII Tafeln, in der Form seiner Realisirung und endlich in seiner Entwicklung zum Notherbenrechte einen Beweis gleichzeitig für die Existenz der angeführten Anschauung und für deren reelles Eingreifen in die Gestaltung der Rechtsverhältnisse abgeben soll.

Wenn nun auch nicht mit der älteren Jurisprudenz aus dem Ausdrucke sui heredes argumentirt werden will — denn philologische Gründe nöthigen keineswegs zu der Annahme, dass suus auf den Erben zu beziehen, suus heres also der sich selbst beerbende Erbe sei ⁵⁾ —,

4) Jhering, Geist des röm. Rechtes II, § 32 nam. in Note 315; Bechmann, Röm. Dotalrecht I, 314 f., welche beide Schriftsteller die im Texte gebrauchten Argumente übrigens nur zur Illustration der factischen (Jhering), der social-sittlichen (Bechmann) Stellung der Frau verwenden.

5) Ueber die Wortbedeutung von suus heres vgl. ausser Brissonius Verb. Sign. und Dirksen Man. ad V. suus: Donellus O. Omn. II, 351. N. 13 (qui se ipsum sibi successorem habet) und die in Note 12—14 zu Nro. 13 angeführten Schriftsteller; dann Mühlenbruch, Commentar 36, S. 145 f. (der dem Erblasser zunächststehende, ihm angehörige, natürliche Erbe) und die daselbst in Note 20, 21, 22 citirten Schriftsteller; Lasalle, System der erworbenen Rechte II, S. 231 ff., nam. Note 2, 253 f. (seines eigenen Willens Erbe und Fortsetzer). Am Richtigsten und durch Gajus II, 157 speciell gerechtfertigt ist die Annahme, dass suus heres den eigenen d. h. in der eigenen Familie vorhandenen Erben bezeichne vgl. analoge Bildungen bei Dirksen Man. sub v. suus in § 2.

so lässt sich doch nicht leugnen, dass die Beschränkung des Erbrechtes auf den Kreis der sui (Gajus III. 9, und in Collatio XVI. 2; Ulp. XXVI. 1), die Voraussetzung ihres Erbrechtes in den XII Tafeln (cui suus heres nec escit: Ulp. XXVI. 1), das ipso jure und necessario sich vollziehende Erbwerden derselben (Gajus II. 157, Ulp. XXII. §. 24), und endlich die Nöthigung, die sui heredes zu exherediren oder zu instituiren, mit der Annahme einer latenten bei dem Tode des Gewalthabers hervortretenden Mitberechtigung aufs beste harmoniren⁶⁾. Nicht zuzugeben aber ist, dass alle diese Sätze nur aus dieser Annahme, beziehungsweise nur mit besonderen Schwierigkeiten auf andere Weise erklärt werden können.

Wird die Familie des civis Romanus nur durch die in potestate befindlichen Kinder und Enkel, einschliesslich der uxores in manu gebildet: so ist es kaum mehr als eine selbstverständliche Folgerung, dass nach dem Tode des Familienhauptes auch nur diese Personen in dessen Vermögen succediren. Hat ferner die Succession der sui längst vor den XII Tafeln unbeanstandet gegolten, so ist es erklärlich, wenn dieses Gesetz, das auch ausserdem das Innere der Familie möglichst unberührt lässt, die innerhalb der Familie selbst sich vollziehende Succession mehr voraussetzt, als einer Regelung und Sanction unterwirft — selbst wenn davon abgesehen werden will, dass die römischen Juristen lediglich keinen Anstand nehmen, das Erbrecht der sui auf die XII Tafeln zurückzuführen (Gajus in Coll. leg. Rom. et Mos. XVI. 2. und Inst. III. §. 9.)⁷⁾. Weiterhin scheint sich die Notherbenberechtigung der sui erst nach den XII Tafeln, möglicher Weise im Anschlusse an deren Wortlaut, gebildet zu haben⁸⁾: diess macht deren Ableitung aus jener ursprünglichen Anschauung mindestens unsicher. Die Bezeichnung »exheredare« aber ist nicht von erheblicher Beweiskraft, auch wenn über allen Zweifel erhaben sein sollte, dass heres mit herus zusammenhängt und exheredem facere die Entziehung der

6) Die einzelnen der Gestaltung des Erbrechtes der sui heredes entnommenen Gründe sind hervorgehoben und näher ausgeführt bei Brinza a. a. O. S. 736 f., 1172 f.

7) Mühlenbruch a. a. O. Note 28.

8) Francke, Notherbenrecht S. 15 f.; Mühlenbruch, Commentar XXXVII, S. 147 f.; A. Schmidt, Formelles Notherbenrecht S. 17 f.

Qualität des *herus* bedeuten sollte: kann sich doch die Bildung dieses technischen Ausdruckes auch an den wenig beweisenden vulgären Sprachgebrauch anschliessen, nach welchem wenigstens der Slave den *filius familias herus*, *herus minor* nennt. Ueberdiess steht keineswegs fest, dass sich die Bezeichnung erst gebildet hat, nachdem »*heres*« seine technische Bedeutung erhalten hat: unter dieser Voraussetzung aber fällt jede Beweiskraft des Argumentes weg.

Unter einem anderen Gesichtspunkte liegt sogar in der Gestaltung des Notherbenrechtes ein Beweisgrund gegen die Anknüpfung an eine latente Mitberechtigung der Kinder am Familienvermögen. Denn die Auffassung, dass die Kinder Rechte am Familienvermögen haben, kann doch wohl nur entstehen, wenn die Kinder im Gegensatze zum Vater gedacht werden, d. h. sie beruht darauf, dass im Kinde eine Schranke des Rechtes des Vaters gesehen wird. Wenn aber diese Anschauung für die Römer massgebend gewesen ist, so lässt sich kaum erklären, wie es gekommen ist, dass es dem Vater zusteht, diese Schranke zu beseitigen, das Recht des Kindes aufzuheben und ohne alle Rücksicht auf solches sein Vermögen Anderen zuzuweisen.

Und selbst das gewichtigste der angeführten Argumente — dass die *sui heredes ipso jure* und *necessario* Erben werden — ist nicht völlig *concludent*. Denn einmal tritt das Gleiche auch bei den *heredes necessarii* ein, bei denen die Ableitung aus einer Mitberechtigung unmöglich und die Erklärung aus dem Willen des Gewalthabers geboten ist. Diess legt es nahe, auch bei den *heredes sui et necessarii* an die Einwirkung des massgebenden, stillschweigend oder ausdrücklich geäusserten Willen des Hausvaters zu denken⁹⁾. Weiterhin hatte sich — diess wird unbedenklich angenommen werden dürfen — die Succession der *sui heredes* längst fixirt, als das Erbrecht der *heredes extranei*, namentlich der Testamentserben, und hiemit das Requisite der *hereditatis aditio* sich auszubilden begonnen hat: so dass erklärlich ist, wenn für jene älteste Succession die Sätze theilweise nicht gelten, die für die *heredes extranei* Geltung beanspruchen. Nicht minder erklärlich

⁹⁾ Leist, die Bon. Poss. I, 4 f.; Fitting, das Castrense Pecul. (1871) S. 113, Note 14.

ist aber, dass sich das Erbrecht der sui so wie geschehen ausgebildet hat. Wesen und Zweck der Familie selbst führen darauf, dass mit dem Wegfalle des Familienhauptes dessen Machtkreis auf die Häupter der durch seinen Wegfall sich neu bildenden Familien übergeht. Für die einfache und natürliche Auffassung eines im Beginne seiner Rechtsentwicklung stehenden Volkes scheint deshalb das Einrücken in diesen Machtkreis so wenig vom Willen dieser bisherigen personae subjectae und jezigen patresfamilias abzuhängen, als vom Willen des Gesezes. Diess beweist in der römischen Rechtsentwicklung der Uebergang der patria potestas und der manus von dem Grossvater auf den in der Mitte stehenden Vater — Ehemann, der ebenfalls ohne gesetzliche Berufung und ohne Willensakt sich vollzieht (vgl. oben im § 2): in der ausserrömischen Rechtsentwicklung aber die Erscheinung, dass das germanische Erbrecht, das wesentlich Familienerbrecht ist, den Erbschaftserwerb allgemein mit Rechtsnothwendigkeit vor sich gehen lässt ¹⁰⁾; und dass im attischen Rechte wenigstens das älteste Erbrecht, das Erbrecht der Descendenten, in ähnlicher Weise sich von dem Erbrechte der sonstigen Erben unterscheidet, wie das Erbrecht der sui und der extranei heredes (βαδίζεν εἰς τὰ πατρῶα auf der einen und Nothwendigkeit der ἐπιδικασία auf der andern Seite) ¹¹⁾.

Dürfte indessen auch angenommen werden, dass im Beginne der römischen Rechtsentwicklung das patrimonium nicht scharf als rechtliches Vermögen des Hausvaters aufgefasst worden ist, dass sich vielmehr die Auffassung des patrimonium als eines Familienvermögens da und dort geltend gemacht hat, so ist doch

3) diese letztere Auffassung sicherlich nicht die der Wirklichkeit entsprechende gewesen — nicht auf eine richtige Erfassung der rechtlichen Familienorganisation basirt, sondern die Folge einer Unklarheit, welche ihrer Seits wieder in dem am Beginne jeder Rechtsentwicklung sich vorfindenden Mangel an begrifflicher Scheidung und Sichtung der Verhältnisse ihren natürlichen Grund hat.

Die am Anfange der römischen Rechtsentwicklung liegende

10) Grimm, Rechtsalterth. S. 481, Zöpfl, Rechtsg. II, 2, 338.

11) Bunsen, de jure her. Athen. p. 83 sq.; Gans, Erbr. I, 399; Meier-Schömann, Att. Proz. 459 f.

Gestaltung des Familiengüterrechtes lässt sich mit einiger Sicherheit nur entnehmen einer Seits aus den Grundzügen der indogermanischen Familienorganisation, anderer Seits aus den feststehenden Sätzen des späteren Rechtes. Unter letzteren kann nun höchstens die Norm, welche das Erbwerden der *sui* näher bestimmt, für Gütergemeinschaft innerhalb der Familie, als ursprünglichen Ausgangspunkt, angeführt werden; und auch diess nicht ohne dass eine andere Auffassung möglich wäre (vgl. Ziff. 2). Nach allen andern Seiten hin widerspricht dagegen diese spätere Gestaltung entschieden einem solchen Ausgangspunkte. Die absolute Unterwerfung der Person des Kindes unter Herrschaft und Willen des Hausvaters, die scharfe Ausbildung der rechtlichen Vermögensunfähigkeit und die Hereinziehung der *liberi in potestate* in den die Rechtsfähigkeit betreffenden Gegensatz zwischen *homines sui et alieni juris* (vgl. hierüber den vorigen §), der völlige Mangel fester, unentziehbarer Anwartschaftsrechte der Kinder auf das Vermögen und die schrankenlose Veräusserungs- und Testirbefugniß des Hausvaters — all diess spricht entschieden dafür, dass der rechtliche Kern des ursprünglichen römischen Familiengüterverhältnisses nicht eine Rechtsgemeinschaft, sondern eine Alleinberechtigung des Hausvaters gewesen ist. Auf die gleiche Annahme möchte die Erwägung führen, dass was von der indogermanischen Familienorganisation mit Sicherheit constatirt werden kann, die Unterwerfung der Familienglieder unter die Herrschaft und den Willen des Hausherrn ist (vgl. hierüber § 6); dass dieses Prinzip eine ausserordentlich verschiedene Gestaltung im Einzelnen zulässt, aber für die Entwicklung eines rechtlich gemeinschaftlichen Familienvermögens nirgends einen rechten Anhaltspunkt bietet ¹²⁾; dass aber am wenigsten ein Volk,

12) Mit dem im Texte enthaltenen Satze soll nicht bestritten sein, dass sich in den ältesten Rechten der Völker indogermanischen Stammes ähnliche, theilweise noch stärkere Anklänge an Gütergemeinschaft innerhalb der Familie finden, wie bei den Römern (vgl. z. B. *Mánava-Dherma-Sástra* IX, 104, 214—216, *Yājñ.* II, 116, *Code of Gentoo Laws* p. 83; *Isaeus de hered. Philost.* § 38 u. § 47 u. a. a. O.; die Stellen bei Schröder, *Eheliches Güterrecht* I, 130. Note 22 und *Sachsenspiegel* I, 31. § 1 u. s. f.). Allein nirgends gestattet der Gesamteindruck, welchen die überlieferten Bestimmungen und Sätze machen, aus den betreffenden Ausdrücken und Sätzen auf wirkliche Gemeinschaft des Rechtes und Vermögens, als das bestimmende

das jene Unterwerfung mit besonderer Schärfe und Consequenz ausgebildet hat, zu einer solchen den Grundlagen der Familien-Verfassung wenig entsprechenden Gestaltung gekommen sein wird.

II. In den Rechtsquellen der classischen Zeit findet sich die Alleinberechtigung des paterfamilias so scharf als möglich ausgeprägt, und so bestimmt als möglich ausgesprochen. Diess beweisen die im § 1 abgedruckten oder citirten Quellenstellen, denen unschwer eine Anzahl weiterer Belege, in welchen der Saz in seinen einzelnen Consequenzen auftritt, angefügt werden könnte. Ueberall ist der paterfamilias als Eigenthümer der zu dem patrimonium gehörenden körperlichen Sachen, als Gläubiger der Forderungen, überhaupt als Subjekt der Rechte angeführt, welche in ihrer Gesamtheit sein Vermögen darstellen und nirgends eine communio jener res zwischen dem paterfamilias und den Hauskindern, ein Zerfallen der Forderungsrechte in einzelne den einzelnen Familiengliedern zustehende actiones angedeutet. (Vgl. auch unten die §§ 10—13.)

Wenn nun dennoch eine Art von Mitberechtigung der Kinder, und insofern eine gewisse Gemeinschaftlichkeit des Familienvermögens behauptet wird: so fragt es sich vor Allem:

1) ob eine solche Mitberechtigung, eine solche Gemeinschaftlichkeit neben jenen Säzen möglich ist?

Die Frage ist zu verneinen, sobald eine Mitberechtigung an dem Vermögen des Hausvaters und nicht bloss ein festes Recht auf Succession (Anwartschaftsrecht) behauptet wird. Das letztere wäre wohl vereinbar mit der Alleinberechtigung des Hausvaters: ist aber freilich dem römischen Rechte nicht bekannt. Ersteres dagegen scheint durch diese Alleinberechtigung begrifflich ausgeschlossen zu sein: es kann nicht eine und dieselbe Sache gleichzeitig im Alleineigenthume und im Miteigenthume, eine und dieselbe Forderung gleichzeitig ungetheilt und getheilt sein.

Der einzige Schriftsteller, der die entscheidende Frage scharf gestellt, und eingehend erörtert hat ¹³⁾, will diese Unvereinbarkeit heben durch die Annahme eines procuratorischen Eigenthumes:

Prinzip, zurückzuschliessen (vgl. in dieser Beziehung die einzelnen in § 6 gemachten Bemerkungen über das indische, attische und germanische Recht).

13) Brinz, Pandekten S. 1177 f.

der Vater sei der äusseren Erscheinung nach nur Eigenthümer, dem Sinne und Gedanken nach aber zugleich Fiduziar, Vertreter oder Vollmachtsträger für das Kind. Indessen, so werthvoll die Hervorhebung eines Eigenthumes, das der Eigenthümer nicht oder nur nebenbei für sich hat, in mehrfacher Beziehung ist, so wenig scheint durch dessen Annahme eine Berechtigung der vertretenen Person am Vermögen, ein *dominium quoddam* begründet werden zu können. Ein solches *procuratorisches* Eigenthum wird allerdings nicht vorhanden sein, ohne dass der vertretenen Person ein obligatorischer Anspruch gegen den Vertreter zusteht: auf *diligentia* und *custodia*, auf dereinstige Rückübertragung auf beides —, oder ein eventuelles Successionsrecht — sei es in der Form der Beerbung, oder durch gesetzlichen Heimfall, sei es mit oder ohne den Schutz durch Veräusserungsverbot. Aber ein Recht an dem Vermögen oder dessen einzelnen Bestandtheilen, ein dem Eigenthum parallel laufendes Recht, ein *dominium quoddam* ist weder in diesen Rechten noch neben solchen vorhanden. Wenigstens ist das *procuratorische* Eigenthum kaum irgend reiner und zweifelloser zu Tage getreten als bei der *fiducia pignoris jure* und *cum amico contracta* (Gajus II. 59 und 60), sowie im Falle der L. 9 § 3 *jure dot.* 23. 3. (Ulp. libro 31 ad Sab.) und doch beschränkt sich bei diesen Vorgängen das Recht der Person, für welche das Eigenthum dem Fiduciar beziehungsweise dem Ehemanne zusteht, auf obligatorische Ansprüche derselben an diesen Eigenthümer¹⁴⁾. Ein weiterer Fall, in welchem die Annahme *procuratorischen* Eigenthumes wenig Anstand unterliegen möchte, ist das Vermächtniss einer *hereditas* vor dem Uebergange der *hereditas*

14) Die *fiducia* erzeugt allerdings neben der rechtlichen und in solcher eine sittliche Verpflichtung, deren Verletzung Infamie zur Folge hatte; dass aber die rechtliche Verpflichtung lediglich obligatorischen Charakters ist, wird trotz aller Differenzen über Entstehungszeit, Anknüpfung und ursprüngliche Natur des Verhältnisses von Niemanden bezweifelt; vgl. namentlich Bachofen, das röm. Pfandrecht S. 2 f.; Dernburg, Pfandrecht I, § 2; Jhering, Geist des röm. Rechtes II, 557, III, 133; Römer, crit. Ueberschau III, 419; v. Scheurl, Krit. V.J.Schr. II, 418; Demelius a. d. O. VIII, 520. — Und in der L. 9. § 3 s. cit. ist die Beschränkung der Ehefrau auf die persönliche Klage ausdrücklich hervorgehoben: *non vindicari oportet, sed condici*, vgl. auch Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 246 f.

auf den Vermächtnissnehmer: auch hier aber besteht das Recht des letzteren lediglich in einem Forderungsrechte, das durch Pfandrecht und Veräußerungsverbot besonders gesichert ist. Und bei denjenigen Singular - Vermächtnissen, bei welchen das legitime Recht selbst nicht alsbald übergeht, verhält es sich nicht anders: ausser dass hier die Realisirung im gegebenen Zeitpunkte sich unmittelbar (*ipso jure*) vollziehen, also das procuratorische Eigenthum der belasteten Person sich von selbst in selbstnütziges Eigenthum des Fideicommissars verwandeln kann ¹⁵⁾. Wenn ferner das Adventizgut in einer bestimmten Periode der Entwicklung Adventizgut und doch Eigenthum des *pater familias* gewesen ist ¹⁶⁾, so besteht die Adventizqualität darin und nur darin, dass neben einer gewissen *Obligatio* des Hausvaters gegenüber dem Hauskinde das Eigenthum des ersteren einmal durch ein Veräußerungsverbot beschränkt ist, und weiterhin bei Lösung der *potestas ipso jure* ganz oder *pro parte* auf das gewesene Hauskind übergeht. Ja selbst bei der *dos*, bei welcher die Ausdrucksweise der Quellen für eine gleichzeitige Berechtigung (*dominium*) des Ehemanns und der Ehefrau an der *dos* beziehungsweise den *res dotales* spricht, und bei welcher eine Reihe von Sätzen auf ein gewisses Angehören der *dos* an die Ehefrau zurückweist, lassen sich *durante matrimonio* keine Rechte der Ehefrau entdecken, die als Rechte an der *dos*, beziehungsweise an den *res dotales* bezeichnet werden könnten: ohne die Existenz solcher Rechte aber entspricht jene Ausdrucksweise dem rechtlichen Sachverhalte nicht und sind die betreffenden Detailbestimmungen nicht Consequenzen aus der Duplizität des Dotaleigenthumes. Die Berechtigung dieses Widerspruches setzt freilich voraus, dass sich ein Angehören der *dos* an die Ehefrau und hiemit die Auffassung derselben als einer *res uxoria*, einer *res mulieris*, eines *patrimonium* oder *quasi-patrimonium mulieris* ohne die Annahme einer Berechtigung der Frau an der *dos*, also einer Duplizität des Dotaleigenthumes denken und erklären lässt. Diess unterliegt indessen keinen Schwierigkeiten: sobald jene Ausdrücke

15) Brinz S. 939 f., 948 f.

16) Die Frage ist in der Lehre vom Adventizgut (vgl. Buch 5) näher zu erörtern; vorläufig sind zu vergleichen Mühlenbruch, Comm. XXXV, 192; namentlich aber Schirmer, Erbrecht I, 173 ff. und Brinz S. 1191 f.

nicht auf rechtliches Angehören beziehungsweise nicht auf die eine und regelmässige Form des rechtlichen Angehörens, die in der Existenz eines subjectiven Rechtes an der Sache besteht, bezogen werden müssen. Eine Nöthigung hiezu ist aber nirgends zu finden.

Eine Sache, die im Eigenthum einer Person steht, ist für die Regel dazu bestimmt, den Zwecken dieser Person in deren abstracter Unbestimmtheit zu dienen: diese Bestimmung für die Person und deren Zwecke erscheint der materiellen Anschauungsweise als der wesentliche Inhalt der Beziehung der Person zur Sache. Wer von ihr ausgeht, wird consequent dazu kommen, eine Sache oder ein anderes Vermögensrecht oder auch ein ganzes Vermögen, das entweder ausschliesslich oder nebenbei für eine andere Person und deren Zwecke bestimmt ist, als dieser gehörend beziehungsweise mitgehörend, als res oder patrimonium dieser anderen Person aufzufassen, ohne weiterhin zu beachten, ob und welche rechtliche Gestaltung dieses Angehören genommen hat. Den besten Beweis für diese Auffassungs- und Sprechweise liefert die mehrfach und technisch vorkommende Definition des Peculium als eines patrimonium oder quasi-patrimonium des Hauskindes — des Peculium, an welchem zweifellos dem Hauskinde kein Recht zusteht, dessen Wesen aber gerade darin besteht, für die Person des Hauskindes und dessen Zwecke durch den Willen des Hausvaters bestimmt zu sein ¹⁷⁾. Sie wird aber, je mehr rechtliche Consequenzen jene materielle Bestimmung hat, um so entschiedener und häufiger vorkommen. So gerade bei der dos. Die dos dient während der Ehe den Zwecken der Ehe: also den Zwecken und hiemit der Person nicht blos des Ehemanns sondern auch der Ehefrau; sie ist ferner regelmässig dazu bestimmt, nach Auflösung der Ehe der Frau und ihren Zwecken ausschliesslich zu dienen. Die erst angeführte nächste Bestimmung derselben hat im Allgemeinen zu keiner rechtlichen, wohl aber zu sittlicher Verpflichtung des Ehemannes geführt; die letztere in der dotis obligatio rechtliche Gestaltung erhalten; beide zusammen die Auffassung der dos als eines Vermögens der Ehefrau und zwar als eines in der einen Beziehung präsenten, in der anderen zukünftigen

17) Mein Begriff und Wesen des Peculium S. 4—9 und Näheres unten in Buch 2.

Vermögens derselben hervorgerufen. Diese Auffassung selbst aber hat dann wiederum die Veranlassung und materielle Grundlage abgegeben für eine Anzahl einzelner Sätze, die wenigstens theilweise Rechte der Ehefrau, aber nicht Rechte an der dos oder den Dotalsachen constituiren ¹⁸⁾.

Nach All Dem ist der Begriff des procuratorischen Eigenthums nicht geeignet, die begrifflichen Schwierigkeiten zu beseitigen, die in der Gleichzeitigkeit der Allein- und der Mitberechtigung in Beziehung auf dasselbe Vermögensobjekt liegen: so sehr auch die Betonung der Duplicität des Eigenthumes in allen oben berührten Verhältnissen dazu dient, das hinter der formellen Berechtigung oder neben derselben stehende materielle Angehören an eine andere Person als die des Berechtigten zur Geltung zu bringen.

Es ist auch

2) nicht richtig, wenn angenommen wird, dass Stellen aus Juristenschriften eine über das materielle Angehören hinausgehende Mitberechtigung statuiren.

Allerdings sprechen Gajus und Paulus wörtlich übereinstimmend aus:

sui heredes vivo quoque patre (parente) quodammodo domini existimantur (Gajus II. 157, vgl. mit §. 2. J. her.

qual. 2. 19; Paulus lib. 2 ad Sab. in L. 11 D. lib. 28. 2.)

und erklären aus diesem Angehören des patrimonium an die sui heredes deren Erbrecht. Allein es liegt in diesen Stellen — zunächst abgesehen von einer weiteren Bemerkung des Paulus in L. 11. cit. — nichts Weiteres, als die Betonung einer materiellen Beziehung der Hauskinder zu dem Vermögen des pater familias,

18) Da auf die im Texte berührte Frage hier nicht näher eingegangen werden kann, mag es gestattet sein, bezüglich der einzelnen in Betracht kommenden Quellenausdrücke, dotalrechtlichen Sätze und Belegstellen auf Brinz, Pandekten §§ 264 u. 265 zu verweisen. Brinz betont im Gegensatze zu der herrschenden Anschauung (vgl. namentlich Bechmann, Dotalrecht I, § 30 u. 31) das Angehören der dos an die Ehefrau — sicherlich mit Recht. Er fasst aber dieses Angehören als ein dem Eigenthume parallel laufendes rechtliches Angehören auf und vertheidigt die Duplizität des Dotal eigenthumes — diess nicht mit Recht. vgl. ausser Brinz von Scheurl, in der Krit. Viertel-Jahrs-Schrift VI, 28 f., XI, 110 f., 266 f. Windscheid, Pandekten § 494. Note 3, und über die Brinz'sche Theorie meine Bemerkungen in der Krit. Viertel-Jahrs-Schrift XII, 502 f.

und des Zusammenhanges des Erbrechtes mit dieser materiellen Beziehung. Das *patrimonium* gehört rechtlich dem Hausvater und nur dem Hausvater: aber indem es in der Form des rechtlichen Angehörens dem Hausvater und dessen Zwecken dient, dient es zugleich den übrigen freien Familiengenossen und zwar um so entschiedener, je weniger diese in Folge ihrer Vermögenslosigkeit eine eigene vermögensrechtliche Basis für ihre Existenz und die mit solcher verbundenen Zwecke haben, gehört also, vom materiellen Standpunkt aus, nicht blos dem Hausvater, sondern auch der *uxor in manu* und den *liberi in potestate* (vgl. auch unten in dem §. 25). Dieses materielle Angehören hat *durante potestate* keine allgemeine rechtliche Verpflichtung des *pater familias* den Familiengenossen gegenüber zur Folge — die relative Identität der Zwecke des Hausvaters und seiner Familiengenossen, das im natürlichen Verhältnisse der Eltern zu den Kindern begründete, durch die Liebe der ersteren zu letzteren getragene sittliche Agens (*officium*)¹⁹⁾, die nationale Tendenz auf Begründung, Zusammenschliessung und Erhaltung der Familie mochten diess überflüssig, die rechtliche Vermögensunfähigkeit der unterworfenen Familiengenossen überdiess als nicht oder nur mit besonderen Schwierigkeiten durchführbar erscheinen lassen. Dasselbe ist aber doch nicht ohne unmittelbare rechtliche Wirkungen geblieben, insoferne allmählig einzelne Ausflüsse der natürlich-sittlichen Verpflichtung zu rechtlicher Gestaltung gelangen: in der rechtlichen Verpflichtung zur Dotation und Alimentation, in der Behandlung der *dos filiae familias* (vgl. unten die §§. 25 bis 30). Bedeutender ist die Einwirkung jener Bestimmung bei dem Wegfalle des *pater familias*: hier gestaltet sie sich, da die *sui*, für welche das Vermögen von vornherein mitbestimmt ist, noch existiren, naturgemäss zu einem Successionsrechte derselben (vgl. unten § 25). Dieses materielle Angehören, das schon während Lebens des *pater familias* einzelne Rechtswirkungen hat, aber nicht zum Rechte an dem Vermögen geworden ist, und das sich mit dem Wegfalle des *pater familias* ordnungsmässig auf dem Wege erbrechtlicher Succession (vgl. übrigens auch L. 7 pr. bonis damn. 48. 20) in rechtliches Angehören verwan-

19) Brinz S. 1152 f. 1162 f.

delt, erklärt zur vollen Genüge die Bemerkungen von Gajus und Ulpianus. Indem sie von den *sui heredes* sagen:

vivo patre quoddammodo domini existimantur

wollen diese Juristen weder bloß auf die vulgäre, nicht juristische Anschauung recurriren, noch ein Recht, wenn auch ein eigen geartetes Recht von Vermögen *durante potestate* behaupten, sondern jene materielle, für das Recht bedeutungsvolle Angehörigkeit betonen. Für ersteres mag als Beleg angeführt werden, dass die vulgäre Ausdrucksweise für die Erklärung des Erbrechtes der *sui* nothwendig bedeutungslos wäre. Und dass kein Recht anerkannt werden will, zeigt die Vorausschickung der Worte: *quasi olim hi domini essent* in der paulinischen Stelle:

L. 11 lib. et posth. 28. 2: In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii (vgl. hiezu Collatio XVI, 3, 6 und § 3 J. her. quae ab. int. 3. 1) eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, *quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.*
Unde etiam...

Wollten die oben angeführten Worte besagen, dass die *sui heredes vivo patre* neben letzterem Eigenthümer seien, so konnte Paulus in den letzt angeführten Worten nicht gleichzeitig davon sprechen, dass keine hereditas vorhanden sei, wie wenn die *sui heredes* schon vor dem Erb falle (oben) Eigenthümer wären, d. h. davon ausgehen, dass in Wirklichkeit *vivo patre* kein Eigenthum der *sui heredes* begründet sei, aber solches als vorhanden fingirt werden müsse. Weisen dagegen die auch bei Gajus sich vorfindenden Worte nicht auf rechtliches, sondern auf materielles Angehören, so liegt keinerlei Widerspruch in dem Vorausschicken der das Eigenthum der *sui* verneinenden Bemerkung. Der Gegensatz zwischen dem materiellen und dem rechtlichen Angehören aber tritt desswegen bei Paulus hervor: weil solcher nicht bloß die Existenz eines Erbrechtes der *sui* im Allgemeinen, sondern auch die Art und Weise, in welcher sich die Succession vollzieht (Gajus II. 157 und Lib. 10 ad leg. Jul. et Pap. in L. 14 suis et leg. 38, 16; Ulp. XXII. 24) aus dem Angehören des *patrimonium* an die *sui* erklären will, und diese Thatsache »von scharf rechtlichem Charakter« (Brinz S. 1174) nicht aus dem bloß materiellen Angehören, sondern nur daraus erklären

zu können vermeint, dass er ein formell rechtliches Angehören des Vermögens an die sui, ein Recht derselben nachweist, das nur fortgesetzt zu werden braucht, um den Begriff der hereditas auszu-schliessen, den materiellen Erfolg des Erbwerdens auf die Erlan-gung der selbstständigen Verwaltung herunterzudrücken, und jeden Willensakt der sui für dieses Resultat als irrelevant erscheinen zu lassen. Ein solches der Fortsetzung fähiges Recht am Vermögen findet nun Paulus nicht vor, findet es namentlich nicht in dem materiellen Angehören des patrimonium an die sui. Er begnügt sich desshalb zu bemerken, dass die Succession der sui sich so ge-stalte: quasi olim hi domini essent — wie wenn die sui, welche ja vom materiellen Gesichtspunkte aus gewisser Massen vivo patre als domini angesehen werden können, wirklich und rechtlich schon vor dem Erb falle domini wären. Bei dieser Auffassung der cit. L. 11 ist denn auch jeder Widerspruch vermieden mit dem Ausspruche desselben Paulus (lib. sing. de port. quae liberis damnatorum conceduntur)

L. 7 pr. bonis damn. 48. 20: Quum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, *propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum*²⁰⁾ est... aequissimum existimatum est, eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum...

Paulus knüpft nämlich hier, um zu erklären, warum bei der Confiscation des väterlichen Vermögens den Kindern eine Quote be-lassen werde, an den Pflichttheilsanspruch derselben und dessen ratio, zur Bekräftigung dieser ratio aber an das civile Erbrecht der sui an; geht also immerhin davon aus, dass das Pflichttheilsrecht der liberi und das Erbrecht der sui aus einer einheitlichen ratio abzuleiten seien. Diess wäre unmöglich, wenn das Erbrecht der sui in Wirk-lichkeit nur Fortsetzung eigenen Rechtes, nicht hereditas wäre: ist dagegen völlig richtig, wenn als der Grund des Erbrechtes der sui

20) Ueber die Lesart vgl. die Mommsen'sche Ausgabe und Schmidt, form. Notherbenrecht S. 18. Note 45 (inditum). Ueber die Erklärung der Stelle namentlich Brinz 1173 f., bei welchem aber die auf die sui bezüg-lichen Worte nicht zu ihrem vollen Rechte kommen.

die materielle Bestimmung des patrimonium für die Familie angesehen wird. Denn mit der Ausdehnung des Erb- und namentlich des Pflichttheilsrechtes über den Kreis der sui hinaus hat sich für die römische Anschauung der Kreis der Familiengenossen erweitert, für welche das patrimonium vom materiellen Standpunkte aus und in allerdings nicht gleich intensiver Weise Familienvermögen ist (vgl. auch Ulp. lib. 49 ad Edictum in L. 1. § 12 success. ed. 38. 9).

Sind die angeführten Aeusserungen nicht dazu angethan, darzuthun, dass nach der Anschauung der römischen Jurisprudenz Mitberechtigung der sui an dem patrimonium bestanden habe, so liegen

3) in der Gestaltung des römischen Familiengüterrechtes zu classischer Zeit noch entschiedene Gegengründe gegen eine solche Annahme. Ist den Römern das patrimonium als rechtliches Familienvermögen erschienen: warum ist dann das aus solchem für die Bedürfnisse der herangewachsenen Kinder ausgeschiedene Vermögen immer und allzeit nur faktisches Vermögen dieser Kinder (peculium) geblieben und nie zum rechtlichen Sohnesvermögen geworden ²¹⁾? warum knüpft die in späterer Zeit eintretende Bildung eigentlichen Sohnesvermögens (peculium castrense, quasi castrense, bona adventitia) nicht an diese Ausscheidung an, sondern erfolgt durchaus in der Weise, dass Erwerbungen des Kindes, die nach altem Rechte in das Patrimonium gefallen wären, nicht mehr in solches kommen ²²⁾? warum endlich bleibt dem römischen Rechte bis auf Justinian die Abschichtung vom patrimonium — diese anticipirte Theilung — völlig fremd? fremd sogar bei der emancipatio des Sohnes?

All diess — in gewisser Hinsicht auch Gestaltung und Begründung der querela inofficiosi testamenti, der cura furiosi und prodigi gegenüber dem pater familias — spricht gegen jene Annahme. So bleibt für letztere nichts über als das Erbrecht der sui und namentlich die Art der Succession der sui, welch' letztere allerdings am Besten aus einer Mitberechtigung der sui vivo patre sich erklärt (vgl. auch L. 11 lib. et posth. 28, 2; Coll. XVI. c. 3. § 6; § 3 J. her. quae ab. int. 3, 1). Indessen wenn auch für die

21) Mein Begriff und Wesen des Peculium S. 6 fl. und Näheres unten im zweiten Buche.

22) Fitting, das Castrense Peculium (1871) S. 1 f. u. a. a. O.; vgl. auch unten im vierten und fünften Buche.

Entstehung jener Successionsform in vorgeschichtlicher Zeit und vor Abklärung der Rechtsprincipien die Auffassung des patrimoniums als eines Familienvermögens mitgewirkt haben sollte (vgl. oben S. 14 f. Z. 2): so ist doch schon im Systeme des jus civile ein Rückschluss auf die Existenz einer solchen Mitberechtigung nicht mehr zulässig. Die Rechte des pater familias in Beziehung auf das in seiner Hand vereinigte Vermögen haben sich so scharf und bestimmt als Alleinberechtigungen ausgebildet, dass sie jede Mitberechtigung nothwendig ausschliessen. Diess wird selbst nicht alterirt, wenn eine einzelne Consequenz einer älteren Anschauung stehen geblieben sein sollte. Solche erscheint eben dann als Singularität.

Uebrigens fehlt es, wie oben angeführt ist (vgl. I. Z. 2), durchaus nicht an anderweiten Anhaltspunkten für die Erklärung der Existenz und der näheren Gestaltung des Erbrechtes der sui und ist überdiess gerade der Satz, der am Meisten auf die Annahme einer Mitberechtigung hindrängt (L. 14 suis et leg. 38. 16) in verhältnissmässig früher Zeit durch das prätorische beneficium abstinendi dem Effecte nach beseitigt worden.

Hienach ergibt sich als Resultat: es ist nicht richtig, eine in irgend welcher Weise zu construirende Mitberechtigung der Hauskinder am Vermögen des Hausvaters anzunehmen; dagegen tritt in einer Reihe von Anwendungssätzen der Gedanke hervor, dass dieses Vermögen seiner materiellen Bestimmung nach nicht blos dem Hausvater, sondern auch den Hauskindern gehört (vgl. über Letzteres unten die §§ 25 flg.).

§ 4. Der Grund der Vermögensunfähigkeit (Existenz der patria potestas).

Die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder hat ihren Grund zwar nicht in dem Anspruche des Hausvaters auf den Erwerb der Hauskinder, wohl aber in der Existenz der väterlichen Gewalt und lediglich in ihr.

An der Richtigkeit des Satzes lässt schon die Darstellung bei Gajus (I. 48 fl.) keinen Zweifel aufkommen. Denn Gajus geht, um den Gegensatz zwischen den personae sui und alieni juris zu

erklären, unmittelbar über auf die verschiedenen Arten der hausherrlichen Gewalt, speciell auf die väterliche Gewalt, und beantwortet die ihm vorliegende Frage: wer *sui* und wer *alieni juris* sei? durch die Erörterung der Entstehung und Beendigung der Gewaltverhältnisse. Aber auch hievon abgesehen ist ein Zweifel nicht wohl möglich. Wenn Hauskinder, *uxor in manu*, *libera capita in mancipio* alle öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen reeller Privatrechtsfähigkeit haben — Freiheit wie Bürgerrecht — und dennoch, weil keines eigenen Vermögens fähig, nicht voll privatrechtsfähig sind, so kann der Grund dieser geminderten Privatrechtsfähigkeit nirgendwo anders liegen, als in der privatrechtlichen Gewalt, der sie im Unterschiede von den *homines sui juris* unterworfen sind.

Dass die Vermögensunfähigkeit Folge der Gewalt ist, bei den Hauskindern der väterlichen Gewalt, ist denn auch im Allgemeinen nicht beanstandet. Selbst Zimmern¹⁾, der *jus* und *potestas* getrennt hält, und die Vermögenslosigkeit aus ersterem, nicht aus letzterem ableitet, ist weniger der Sache als dem Ausdrucke nach anderer Ansicht. Denn jenes *jus* verbindet sich ihm mit der *patria potestas* und ist ohne letztere über freie Personen, die nicht in *manu* oder in *mancipio* sind, nicht vorhanden. In Wirklichkeit ist also auch bei Zimmern die Vermögenslosigkeit der Hauskinder Wirkung der väterlichen Gewalt. Indessen ist die Scheidung von *jus* — dem Rechte, das zu seinem Inhalte den Erwerb durch die *personae subjectae* und zum Correlate die Vermögenslosigkeit der letzteren hat — und der *potestas* — der persönlichen Oberherrschaft — in keiner Weise gerechtfertigt. Denn sie ist wesentlich bedingt durch eine doppelte, jetzt allgemein als unrichtig erkannte Annahme — die Annahme nämlich, dass einer Seits *manus* und *mancipium* keine persönliche Abhängigkeit begründen, anderer Seits aber die *tutela* eine solche Abhängigkeit zur Folge habe; dass also zwar die *tutela* (und *cura*), nicht aber *manus* und *mancipium* unter den Begriff der *potestas* fallen. Auch gewährt die gajanische Darstellung keineswegs eine Rechtfertigung für jene Scheidung von *jus* und *potestas*. Allerdings will Gajus (I. 48 f.)

1) Zimmern, röm. Rechtsgeschichte II, § 122; vgl. gegen dessen Ansicht Walter, röm. Rechtsgeschichte § 501; Roszbach, Untersuchungen S. 31 f.

mit dem Ausdruck *jus (alieno juri subjectae)* nicht den Gattungsbegriff bezeichnen, dessen *species* die *patria* und *dominica potestas*, die *manus*, das *mancipium* sind: diess kann schon um des Gegensatzes — *sui juris* — willen nicht angenommen werden. Allein noch weniger denkt Gajus dabei an ein Recht, welches neben der *potestas*, der *manus*, dem *mancipium* stehen würde. Die *cives Romani* gehören vielmehr nach der Auffassung des Gajus entweder einem fremden Rechtskreise an, als dem Subjekte dieses Rechtskreises und hiemit dem Rechte (*jus*) dieses Subjektes unterworfenen Personen (*personae alieno juri subjectae*) und stehen insoweit auf gleicher Stufe mit den Sklaven, die ebenfalls einem fremden Rechtskreise angehören und dem Rechte eines Anderen unterworfen sind: oder sie sind von solcher Unterwerfung unter das Recht eines Dritten frei (*sui juris*). Erst für die weitere Frage, in wie ferne ein *civis Romanus* dem Rechte eines andern *civis* unterworfen sein kann, wird dann auf *potestas*, *manus*, *mancipium*, als die Rechtsverhältnisse hingewiesen, die allein eine derartige Subjection zu bewirken vermögen.¹⁾

Vgl. auch L. 4 D. *his qui sui* l. 6. (Ulpian. lib. 1 Inst.).

§ 5. Der Grund der Vermögensunfähigkeit (die juristische Natur der *patria potestas*).

Nach den Ausführungen des vorigen Paragraphen steht fest, dass der Grund der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder in der Existenz der väterlichen Gewalt zu suchen ist. Es wäre aber durchaus unrichtig, dieselbe als unselbstständige Folgerung aus der eigenthümlichen juristischen Gestaltung der *patria potestas* im römischen beziehungsweise im älteren römischen Rechte aufzufassen.

In dieser Beziehung ist argumentirt worden:

1) Ueber den Gegensatz zwischen *homines sui et alieni juris* vgl. in sprachlicher Beziehung ausser *Brissonius ad V. Jus Nro 9* und *Dirksen, Manuale ad V. Jus § 2. C*: *Dirksen, Beiträge* S. 280 fl.; in sachlicher Beziehung ausser *Zimmern und Walter* an den in der vorigen Note angeführten Stellen: *Puchta, Institutionen* § 219; *Savigny, System* II, S. 49 f.; *Böcking, Pandekten* I, § 43 u. 44, *Institutionen* S. 17 fl.; *Kuntze, Cursus des röm. Rechts* S. 280 f.; auch *G. Serrurier, Dissert. de potestate, manu, mancipio* (1828) p. 4, 33 f.

1) daraus, dass die patria potestas ihrem rechtlichen Charakter nach zusammenfalle mit dem Eigenthume (dominium); also daraus, dass der Hausherr die Kinder in seinem Eigenthume habe, wie die Slaven ¹⁾.

Indessen hat die in sich widersprechende Annahme: das Hauskind sei im Eigenthume des Hausvaters, sei zugleich freier und vollberechtigter Staatsgenosse und rechtlose Sache, allen Halt verloren, seitdem die ursprüngliche Einheit aller hausherrlichen Gewalt nicht bloß behauptet, sondern auch — soweit in solchen Dingen möglich — erwiesen worden ist. Denn was schliesslich allein einen mindestens scheinbaren Grund für jene Ansicht abzugeben vermochte, war sicherlich nicht das jus vitae et necis, das der genaueren Untersuchung sich alsbald als Familiengerichtsbarkeit darstellt, nicht das jus vendendi, dessen Ausübung das Kind jedenfalls in historischer Zeit nicht zu einem Slaven macht, sondern in das mancipium bringt, nicht die vindictio, welche nicht vindictio rei ist (L. 1 § 2. rei vind. 6. 1. — Ulp. lib. 11 ad Edictum): sondern der weitgehende Parallelismus zwischen der patria und der dominica potestas überhaupt. Gerade dieser Parallelismus aber hat mit dem Nachweise der einheitlichen Quelle und der hiedurch bedingten Gleichheitlichkeit der für die Entwicklung der getrennten Gewalten massgebenden Grundlagen alle oder nahezu alle Beweiskraft verloren.

Uebrigens sprechen die Gründe, welche für die Eigenthumsnatur der väterlichen Gewalt angeführt werden, zu einem guten Theile nur gegen die Auffassung dieser Potestas als einer häuslichen Magistratur ²⁾, also nur dann für diese letztere, wenn die

1) Die Literatur über die in früheren Jahrhunderten lebhaft erörterte Frage ist angegeben bei Schröter in der Giessner Zeitschrift XIV, (1840) S. 137 ff., der selbst die Eigenthumstheorie in umfänglicher und gründlicher Erörterung vertheidigt. Von späteren Schriftstellern gehört hieher Walter, röm. Rechtsgeschichte II, § 501, schwerlich aber Savigny, auf welchen sich Walter beruft (vgl. mit System I, 358 die Stellen I, § 60 u. III, 12); vgl. auch Brinz, Pandekten S. 11 sq. Gegen die Eigenthumsnatur sind ausser den bei Schröter a. a. O. angeführten Schriftstellern (namentlich Zimmermann a. a. O. § 179) zu vergleichen: Rossbach, Untersuchungen S. 29. Note 100, Jhering, Geist des röm. Rechts II, S. 172.

2) Diese Ansicht ist ausser von den bei Schröter a. a. O. angeführten Schriftstellern neuerdings vertreten von Böcking, Pand. § 43, nam. Anm.

väterliche Gewalt nothwendig entweder als dominium, — analog dem dominium über die Sklaven, — oder als imperium — analog dem imperium des röm. Magistrates — aufgefasst werden muss. Weder das Eine noch das Andere aber ist nothwendig, wenn in den verschiedenen Gewalten verschieden entwickelte Seiten der ursprünglich einheitlichen Familiengewalt gesehen werden dürfen; denn hierin liegt eben die Berechtigung, jede Anlehnung an ausserhalb der Familienorganisation liegende Rechte und Verhältnisse abzuweisen.

Aus der Eigenthumsnatur der väterlichen Gewalt kann also nicht argumentirt werden, um die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder zu erklären. Das Argument würde übrigens auch nicht direkt auf die Vermögensunfähigkeit, sondern auf die Vereinigung allen Vermögens in der Hand des paterfamilias und nur indirekt auf die Vermögenslosigkeit des Hauskindes führen, also im Widerspruch mit dem in § 2 gewonnenen Ausgangspunkte stehen.

2) daraus, dass die Gewalt eine Willensherrschaft (jus) umschliesse: den Willen der gewaltunterworfenen Person in den Dienst des Gewalthabers bringe, die persona subjecta also nöthige, nicht für sich zu handeln, sondern die Zwecke des Gewalthabers zu realisiren³⁾.

Indessen liegt im Ausdrucke jus — alieno juri subjectum esse — keine specielle Beziehung auf den Willen der persona subjecta. Jus ist eben der Privatrechtskreis, welchem die hausunterthänige Person als persona subjecta angehört, das Recht, dem sie unterworfen ist (vgl. den vorigen § am Schlusse). Die Rechtssätze aber, welche den Erwerb des Hausvaters durch die Hauskinder im Detail

Die Bemerkung im Texte gilt namentlich auch von den Argumenten Walter's, des jüngsten Vertreters der Eigenthumstheorie.

3) Die Auffassung der Gewalt als einer Willensherrschaft, beziehungsweise als eines eine Willensherrschaft umschliessenden Verhältnisses ist nicht selten, obgleich für die Regel mit anderweiter Characterisirung der Gewalt verbunden. Am Schärffsten ist sie in einer gelegentlichen Bemerkung von Vangerow, Latini Juniani S. 68. Note 68 ausgesprochen. vgl. übrigens auch Böcking a. a. O. § 42, Walter § 501 u. a. Auch die Aufstellung Lasalle's (das Wesen des röm. Erbrechtes 404 f.): das Wesen der röm. Familie, und hiemit der solche zusammenhaltenden Gewalt sei Willensidentität, berührt sich mit der im Texte besprochenen Auffassung, insoferne diese Identität in der Person des paterfamilias als Willensherrschaft hervortritt.

reguliren, sprechen gegen, nicht für jene Auffassung. Die *patria potestas* legt allerdings dem Kinde die Nöthigung auf, dem Willen des Hausvaters zu gehorchen und zwar auch zu gehorchen in Beziehung auf Erwerbsakte (vgl. hierüber unten den § 16). Allein für den Erwerb des Hausvaters durch die Handlungen des Hauskindes ist diese Unterwerfung völlig gleichgiltig. Denn der Hausvater erwirbt, ob der in der Person des Hauskindes eintretende Erwerbsgrund eine Willensaction ist, beziehungsweise mit einer solchen sich verbindet, oder ob der Erwerb *ipso jure* sich vollzieht; ob weiterhin die gewaltunterworfenene Person für sich oder für den Vater erwerben, ihre eigenen oder die Zwecke des Gwalthabers realisiren will. Und auch wenn das *jus*, beziehungsweise die *potestas*, Willensherrschaft in dem Sinne sein sollte, dass der Hausvater vermöge seiner Gewalt für seinen Willen ausschliessliche Geltung in der Familie beanspruchen kann, gibt die Auffassung keinen genügenden Erklärungsgrund für die Vermögensunfähigkeit oder auch nur für den Erwerb des Vaters durch die Kinder an die Hand. Denn der durch das Hauskind gemachte Erwerb wird zum Erwerbe des Vaters, ob dieser von dem Erwerbe weiss oder nicht, und ob er den ihm bekannt gewordenen Erwerb will oder nicht (vgl. hierüber unten in den §§ 14. 15. 17).

3) auf die Personeneinheit, welche den Grundcharakter des zwischen Hausvater und Hauskind bestehenden Rechtsverhältnisses ausmachen soll ⁴⁾.

4) Die Literatur ist umfassend angegeben bei von der Pfordten, Abhandlungen (1840), S. 117 f. (Vgl. übrigens weiterhin auch A. Faber; Jurispr. Pap. p. 176 u. 177; Paschalis de pat. pot. Pars IV. u. a. m.). Von der Pfordten widerlegt zugleich die Annahme der Personeneinheit eingehend und gründlich. Noch mehr hätte er hervorheben können, wie schon die unzweifelhafte Anwendbarkeit des Prinzipalsatzes auf den Slavenerwerb dessen Basirung auf die *unitas personarum* unmöglich macht — eine Bemerkung, zu der A. Faber insoferne den Beleg liefert, als er sich durch seine ganze Abhandlung hindurch vergeblich bemüht, Differenzen zwischen der Rechtsstellung der Slaven und Hauskinder zu constatiren, wo keine zu finden sind.

Die neueren Schriftsteller erklären sich durchaus gegen die Personeneinheit in dem Sinne der früheren Jurisprudenz (Personenidentität, wie sie Brinz unterscheidend benennt): Puchta, Vorlesungen § 432; Böcking, Pand. § 45, namentlich Note 20; Arndts, Pandekten § 435. Anm. 1. Einzelne behalten indess die Bezeichnung bei, indem sie ihr einen anderen Gedanken unterlegen: unter Personeneinheit nämlich die Einheitlichkeit des

Wären die Römer, wie diess in der früheren Jurisprudenz nicht selten angenommen worden ist, der Ansicht gewesen, Hausvater und Hauskind seien auf dem Gebiete des Privatrechtes eine und dieselbe Person: so hätte die Unfähigkeit des Hauskindes, eigenes d. h. ihm von Rechtswegen ausschliesslich zustehendes Vermögen zu haben, allerdings eine unmittelbare Grundlage in dem der väterlichen Gewalt zu Grunde liegenden Rechtsprinzipie. Allein auch nur diese Unfähigkeit zu ausschliesslichem Vermögensbesitze, nicht im Allgemeinen die Unfähigkeit, Rechte und hiemit Vermögen zu haben: denn die consequente Folgerung jener Grundanschauung wäre, wie diess Brinz richtig andeutet, die Gemeinschaft des Familienvermögens für Vater und Hauskind, also die Mitberechtigung des Hauskindes gewesen. Uebrigens ist jene Anschauung mehrfach, und namentlich durch von der Pfordten als unrömisch nachgewiesen und ausserdem dargethan worden, dass eine Reihe von feststehenden Sätzen des römischen Familiengüterrechtes nicht nur nicht aus jenem angeblichen Prinzipie abgeleitet werden könne, sondern sogar in direktem Widerspruche mit solchem stehe. Die Personeneinheit der Neueren aber ist nur eine andere Formulierung für den Satz, dass aller Erwerb der Familiengenossen sich im einheitlichen Vermögen des Hausvaters zusammenschliesse, nur dieser fähig sei, Vermögensrechte zu haben, kann also nicht als Grundlage und Prinzip dieses selben Satzes angesehen werden. Sie ist indess auch als Formulierung nicht glücklich: denn die Bedeutung der Person geht nicht auf in der Fähigkeit, Rechte zu haben; auch die Verpflichtungsfähigkeit und die Fähigkeit, gerichtlich belangt zu werden, setzen — erstere wenigstens im Prinzipie — Persönlichkeit voraus. Und dass solche nicht erforderlich ist, um die Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften oder von Klagen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen begreifen zu können, wird sich aus den Erörterungen der §§ 20 u. 42 ergeben.

Vermögens, die Einheit des activen Rechtssubjectes verstehen. So in unter sich verschiedener Formulierung Sintenis, Civilrecht III, § 141. Note 3; Keller, Pandekten § 418; und namentlich Brinz, Pandekten S. 1160 u. 1161. Wiederum in anderem Sinne ist von Identität (Willensidentität) als dem Wesen der Gewalt die Rede bei Lasalle, das Wesen des röm. Erb-rechtes S. 378, 404 f. u. a. a. St. (vgl. die vorige Note).

§ 6. Der Grund der Vermögensunfähigkeit (die Organisation der römischen Familie).

Wenn die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder nicht als Folgerung aus dem juristischen Wesen der väterlichen Gewalt erscheint (vgl. den vorigen § 5) und doch die Folge der väterlichen Gewalt ist (vgl. den § 4): so muss sie auf dem materiellen Wesen der letzteren beruhen, d. h. unmittelbar mit der Organisation der römischen Familie gegeben sein.

Die Frage nach dem Grunde der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder fällt also gewisser Massen zusammen mit der Frage nach den Gründen der römischen Familienorganisation überhaupt. In dieser Formulierung aber ist sie mehr eine Frage der Cultur- als der Rechtsgeschichte und zwar mindestens theilweise der vorrömischen, ja selbst der voritalischen Culturgeschichte. Es kann nämlich

I. nach den neueren Forschungen kaum einem Zweifel unterliegen, dass die Grundzüge der römischen, wie auch der hellenischen und der germanischen Familienorganisation sich vor dem Auseinandergehen des indo-germanischen Volksstammes in die verschiedenen Völkerfamilien fixirt haben, und in Folge hiervon zum Gemeingute der dem indogermanischen Stamme angehörenden Völker geworden sind. Die überraschende Verwandtschaft nahezu aller Bezeichnungen, die mit der Familienorganisation zusammenhängen, in allen oder nahezu allen Sprachen der indogermanischen Völker, die ursprüngliche Bedeutung einiger dieser Bezeichnungen, endlich die nachweisbare Uebereinstimmung der wichtigsten Familieneinrichtungen in den ältesten Ueberlieferungen des indischen, des hellenischen, des römischen und des germanischen Volkes erbringen in dieser Beziehung ausreichenden Beweis. Freilich muss es erlaubt sein, die beiden ersten Beweisgründe völlig auf eine fremde Untersuchung zu stützen, nämlich auf A. Kuhn's¹⁾ Bei-

1) In Weber's Indischer Studien I, (1850) S. 321 f. Folgendes mag aus den Zusammenstellungen Kuhn's mitgetheilt werden: Der Vater heisst skr. pitri, zend. patar und pitar, gr. πατήρ, lat. pater, goth. fadar, ahd. fatar; die Mutter: skr. mātṛi, lat. mater, gr. μήτηρ, ahd. muoter; der Sohn: skr. sūnu, goth. sunus, griech. υἱός (von derselben Wurzel); der Abkomme (Sohn, Enkel): skr. napāt, lat. nepos, zend. naptar, altnord. nidr; der Bruder: skr. bhrātri, zend. brātar, lat. frater, goth. brothar, griech. φρατήρ, φρατῆρ; die

trag »zur ältesten Geschichte der indogermanischen Völker« — eine Arbeit, die auch sonst als massgebend anerkannt wird ²⁾ —, und aus solcher nur anzuführen: einmal, dass die Uebereinstimmung der Bezeichnungen bei allen wichtigeren Gliedern der engeren Familie zutrifft; und dann, dass die Bezeichnungen für »Vater« den »Schützenden, Gebietenden,« für »Mutter« die »Ord nende, Schaffende« bedeuten. Ueber den dritten und wichtigeren Beweisgrund — die Uebereinstimmung der Familieneinrichtungen bei den hervorragenderen Völkern des indogermanischen Stammes ³⁾ — mag zunächst bemerkt werden: dass es sich um eine Uebereinstimmung nur der Grundlagen und zwar nur der materiellen Grundlagen handeln kann, nicht der Einzeleinrichtungen und selbst nicht der rechtlichen Gestaltung der Grundgedanken.

Als Grundzüge der indo-germanischen Familienorganisation erscheinen nun die Bildung der engeren und eigentlichen Familie durch Vater, Mutter und Kinder; die einheitliche Gestaltung und Abschliessung dieser Familie gegen Aussen; und die Unterwerfung aller übrigen Familienglieder, nach Person und Vermögen, unter den Vater als den »Schützer und Gebieter,« als das einzige und allein massgebende Haupt der Familie.

In ihnen stimmen denn auch, bei aller Verschiedenheit der Entwicklung im Ganzen und Einzelnen, die angeführten Hauptvölker des indo-germanischen Stammes zweifellos überein — und zwar um so mehr, je weiter auf die ursprüngliche Gestaltung zurückgegangen werden kann.

Schwester: skr. svasri, lat. soror, goth. svistar; die Wittwe: skr. vidhavā, lat. vidua, ahd. vitava, goth. viduvo; die Waise, der Erbe: skr. arbha (Kind), gr. ὀρφανός, lat. orbus, goth. arbi, arbja (Erbe) u. s. f.

2) Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe (1853), S. 37. Note 119.

3) Rossbach a. a. O. S. 37 f., 198 f. hat solche für die Ehe und deren Eingehungsformen überzeugend nachgewiesen und hiebei auch das Verhältniss des Vaters zu den Kindern berührt. Er geht übrigens zu weit, wenn er behauptet: »die Stellung der Frau, welche mit dem Namen manus bezeichnet werde, sei dem ganzen indogermanischen Stamme gemeinsam gewesen« und »die manus sei so alt wie die erste indogermanische Familie.« Diess ist nur richtig von der Unterordnung der Ehefrau unter den Mann, nicht von der eigenthümlichen rechtlichen Gestaltung, ohne welche die Unterordnung nicht manus ist.

So differirt zwar die Familienverfassung der Inder⁴⁾, wie sie aus der ältesten Rechtsüberlieferung, dem sogenannten Gesetzbuche des Manu (Mánava-Dherma-Sástra), ersichtlich ist, sehr erheblich von der Familienorganisation der abendländischen Zweige der indo-germanischen Völkerfamilie — theils und namentlich in Folge des eingreifenden Einflusses einer eigenthümlichen, in sehr hohem Grade durchgebildeten, das gesammte Leben beherrschenden religiösen Anschauung, theils in Folge des Kastenwesens und der mit solchem zusammenhängenden Polygamie. Nichts destoweniger sind die angeführten Grundlagen der indo-germanischen Familienverfassung theils deutlich zu erkennen, theils in ausdrücklichen Sätzen ausgesprochen. Die Familie wird gebildet durch den Ehemann, die Frauen — ursprünglich wohl nur durch eine Frau (vgl. Man. III. 3 fl., IX. 45, 96, 101 f., 157 und Yājñ. II. 148) — und die Kinder. Sie bildet in dieser Zusammensetzung eine Einheit, deren Gestaltung und Erhaltung eine streng vorgeschriebene Religionspflicht ist — wie namentlich die Vorschriften über die Eingehung der Ehe (Man. III. 1 fl., IV. 1 f.), die künstlichen Ergänzungen der Familie durch Anerzeugen, Adoption und ähnliche auf Fictionen beruhende Vorgänge (Man. IX. 59 f., 120 f., 127 f., 146, 166 f., 174) und mehrfache Allgemeinsätze beweisen z. B.:

Man. IX. 45: Nur dann ist ein Mann vollkommen, wenn er aus drei vereinigten Personen besteht: seinem Weibe, sich selbst und seinem Sohne...

Diese Einheit, welche die Familie bildet, hat zunächst eine religiöse Bedeutung. Diess erhellt aus

Man. IX. 45... der Mann und seine Frau sind eine Person — nämlich in allen häuslichen und religiösen... Beziehungen.

4) Die im Texte enthaltenen Sätze über indisches Recht sind Uebersetzungen der beiden ältesten indischen Gesetzbücher — des Mánava-Dherma-Sástra (in's Englische übersetzt von Gr. Ch. Haughton, 1825) und des Gesetzbuchs Yājñavalkya's (übersetzt von A. Stenzler) — entnommen. vgl. ausserdem die encyclopädischen Darstellungen des gesammten indischen Rechtes bei Warnkönig, Encyclop. S. 125, in Ersch und Grubers Encycl. s. v. Indien (von Benfey) S. 235 f.; die eingehenderen Erörterungen über Erbrecht bei Gans, das Erbrecht I, 71—97, und über Eherecht bei Rossbach a. a. O. S. 199—212, vgl. auch S. 39.

namentlich aber aus den Vorschriften über die für die einzelne Familie und in solcher zu vollziehenden Opfer und sonstigen religiösen Gebräuche (Man. III. 67 f. vgl. auch Yājñ. I. 97 f.). Sie ist indessen auch ausserdem von Wichtigkeit theils durch die Unterordnung der Familiengenossen unter das Familienhaupt, theils und namentlich durch die Einheitlichkeit des Familienvermögens, die als Prinzip in dem Satze ausgesprochen ist

Man. VIII. 416: Drei Personen können nach den Gesetzen im Allgemeinen kein Sondergut haben: die Ehefrau, der Sohn und der Slave;

die ferner praktisch in dem Anfall des gesamten Vermögens an die bei Auflösung der Familie in solcher befindlichen Kinder (Söhne) sich geltend macht (Man. IX. 104 fl. 142); die endlich in der mehrfach erwähnten aber immer freiwilligen Fortsetzung der Gemeinschaft mit der überlebenden Mutter, beziehungsweise unter den Brüdern eine eigenthümliche Bestätigung und Anerkennung findet. (Man. IX. 104. 111 f. 204 f.) Die innere Organisation der einheitlichen Familie aber besteht darin, dass dem Ehemann und Vater sowohl die Personen der anderweiten Familienglieder als das gesamte Vermögen unterworfen sind, der Frau und Mutter nur eine ordnende und unterstützende Thätigkeit im Innern des Hauswesens zukömmt, und die Kinder dem Willen des Vaters gegenüber im Allgemeinen keine Selbstständigkeit in Anspruch nehmen können. Zum Beweise für diese Stellung des Hausvaters als alleinigen Familienhauptes dient einmal die ihm obliegende Opferpflicht (Man. III. 67 f. 121), bei deren Erfüllung ihn die Frau nur unterstützt, nicht aber ersetzt (Man. V. 155 vgl. mit IX. 96 und III. 121); dient ferner die ausdrückliche Anerkennung einer während der Ehe dem Ehemanne zukommenden Geschlechtsvormundschaft:

Man. V. 148. Die Frauensperson muss in der Kindheit ihrem Vater, später ihrem Ehemanne, nach dem Tode desselben ihren Söhnen unterworfen sein vgl. auch IX. 3 und Yājñ. I. 85.

und die wiederholte Anweisung an die Frau, dem Ehemanne unbedingt zu gehorchen und solchen (»als einen Gott«) zu verehren (Man. V. 149 fl. — IX. 8 u. s. f.); dient weiterhin der Satz:

dass Alles, was Frau, Kind oder Slave erwerbe, für die

Regel dem Ehemann, Vater oder Herrn gehöre (Man. VIII. 416);

dient endlich eine Reihe einzelner allerdings nur beschränkt anerkannter oder missbilligter Befugnisse des Vaters: nämlich die Tochter nach seinem Belieben zu verheirathen (Man. V. 151. IX. 4, 88 f. vgl. auch Yājñ. I. 63 f.), den Sohn in eine andere Familie wegzugeben d. h. adoptiren zu lassen (Man. IX. 142, 168), zu verstossen (a. a. O. 171 u. 177) und zu verkaufen (Man. IX. 160 u. 174 vgl. mit X. 105, IX. 46 u. Yājñ. II. 131 u. 175).

Die Organisation der Familie bei den Hellenen ⁵⁾ ist verhältnissmässig schwieriger zu eruiren, als die indische: in Folge theils der particularen Zersplitterung der Rechtsbildung, theils der Ungleichheit, Ungleichzeitigkeit und Unvollständigkeit der Quellen, aus denen geschöpft werden muss, theils endlich des Umstandes, dass gerade die reichlicher fliessenden attischen Quellen einem Gemeinwesen und einer Zeit angehören, in welchen einer Seits künstliches Eingreifen des Staates anderer Seits rasche und vorgeschrittene Culturentwicklung zersetzend auf die ursprüngliche Gestaltung der Familie eingewirkt hatten. Dennoch lassen sich die oben hervorgehobenen, allerdings allgemein genug gehaltenen Grundzüge der indogermanischen Familienverfassung auch im griechischen, speziell in dem attischen Rechte nicht verkennen. Noch entschiedener als bei den Indern bildet nämlich die engere

5) Die Bestimmungen des griechischen und speciell des attischen Familienrechtes müssen der Hauptsache nach den attischen Rednern (namentlich dem Isaeus ed. G. F. Schömann 1831 und dem Demosthenes, ed. Dindorf 1846 ff.) entnommen werden. Nähere Ausführungen, die übrigens die hieher relevanten Punkte ziemlich zurücktreten lassen, finden sich bei Bunsen, *De jure hereditario Atheniensium*, 1813; Platner, *Beiträge zur Kenntniss des attischen Rechtes* (1820), namentlich S. 101 f. (vgl. auch dessen *Notiones juris ex Homeri et Hesiodi carminibus explicitae*, 1819, p. 128 sq.); Gans (1824) *Erbrecht I*, S. 281—415; namentlich aber bei Meier und Schömann, *Der attische Prozess* (1824), S. 287 ff., 427 ff.; vgl. ausserdem Becker, *Charikles III*, 262 f.; Schömann, *Griech. Alterth. I*, 502 f.; Rossbach, *Die röm. Ehe*, S. 212 f.; Hermann, *Privatalterthümer* §§ 9—12, §§ 29—32, § 56, §§ 63—65; A. Philippi, *Beiträge zu einer Geschichte des attischen Bürgerrechtes* (1870) a. m. O., namentlich S. 190 f.; und als eine übrigens unkritisch angelegte und ungenügende Quellensammlung Telfy, *Corp. Jur. Attici* (1868) p. 337—71 und p. 595 sq.

Familie, zusammengesetzt aus dem Ehemann — Hausvater, der Ehefrau — Mutter, und den ehelichen oder durch Fiction geschaffenen Kindern eine geschlossene Einheit, die sich in ihrer zeitlichen Fortsetzung durch andere gleichorganisirte Familien zum Hause (*oikos*) gestaltet. Diess tritt hervor einmal darin, dass gewisse religiöse und staatliche Pflichten (namentlich die Verpflichtung zur Leistung der Todtenopfer) an das Haus als solches gebunden sind, also erlöschen, wenn das Haus erlöscht,

Isaeus de hered. Kleonym. § 10; de her. Meneclis § 10; de hered. Astyph. § 7; de hered. Cir. § 16.

beziehungsweise von dem Hausherrn als solchem, d. h. für Ehefrau und Kinder, zu erfüllen sind;

Isaeus de hered. Philoct. § 64.

weiterhin in den gehäuften Mitteln, welche das attische Recht bietet, um die Familie, der es an männlicher Descendenz fehlt, vor Aussterben und Erlöschen zu bewahren und wozu gehören: die Bestimmungen über die Adoption, die von dem Hausvater und zwar unter Lebenden wie im Testamente (durch Erbeinsetzung), aber auch von den Verwandten des verstorbenen Hausvaters für solchen vorgenommen werden kann, und die, von wem sie auch vorgenommen wird, die Erhaltung des Hauses zum Hauptzwecke hat (*ὅπως ὁ οἶκος μὴ ἐξερημωθῇ*);

vgl. die angeführten Stellen aus Isaeus, ausserdem de her.

Apollod. § 1, 2, 14, 26, 27, 29 u. a. m.

die Bestimmungen über die Erbtochter (*ἐπικληρος*), welche die Erbschaft zwar nicht sich selbst, auch nicht ihrem Ehemanne, wohl aber ihrem ehelichen Sohne verschafft und in diesem Sohne das grossväterliche Haus fortsetzt, ebendesshalb aber auch in ihrer eigenen Person von den nächsten Verwandten zugleich mit der Erbschaft in Anspruch genommen werden kann;

Isaeus de her. Ciron. § 31; de hered. Aristarchi § 5; de

hered. Pyrrhi § 41. 42. 45; auch Plutarch. Solon 20.

endlich die Bestimmungen, welche die Söhne und Sohnessöhne des verstorbenen Hausvaters als dessen Erben anerkennen und zwar als alleinige, nicht auszuschliessende, der gerichtlichen Beihülfe nicht bedürftige Erben, während die Töchter auf einen Mitgiftanspruch beschränkt sind.

Isaeus de hered. Philoct. § 9 und § 25; de hered. Pyrrhi § 9, § 41. 42. 50 u. a. m.

Denn nur ein Volk, nach dessen Anschauungen die engere Familie die aller weiteren Organisation und hiemit allem Familienrechte zu Grunde liegende Einheit ist, kann auf die ununterbrochene Continuation der Familien, von denen immer die folgende die vorausgehende in sich aufnimmt und fortsetzt, den überwiegenden Werth legen, der in diesen Einrichtungen und Bestimmungen sich ausspricht.

Weniger scharf freilich, aber doch deutlich erkennbar kehrt auch in der inneren Gestaltung des Hauses der Grundzug der indogermanischen Familienverfassung wieder: nämlich die Unterwerfung sämtlicher Familienglieder unter den massgebenden Willen des Ehemann-Hausvaters. So ist zunächst den weiblichen Familiengliedern gegenüber an der ausschliesslichen Herrschaft des Ehemanns und Vaters nicht zu zweifeln. Denn das weibliche Geschlecht steht überhaupt nach attischem Rechte lebenslänglich unter Schutz und Bevormundung der nächsten männlichen Angehörigen; diese Schutzherrschaft aber, welche den Vormund als *κύριος* erscheinen lässt, kommt über die Ehefrau immer und nothwendig dem Ehemanne, über die unverheirathete Tochter immer und nothwendig dem Vater zu.

Demosthenes in Neaeram 1362; adv. Phaenipp. 1047;

Isaeus de hereditate Pyrrhi § 2 u. a. m.

Sie bewirkt eine weitgehende Abhängigkeit der weiblichen Familienglieder sowohl in persönlicher als in vermögensrechtlicher Beziehung: wie denn die Ehefrau und die unverheirathete Tochter keinen irgendwie erheblichen Schuldvertrag für sich allein abschliessen, kein Testament machen, sich nicht selbst und ohne Weggeben durch den *κύριος* verheirathen, endlich — diess ergibt sich namentlich aus der Behandlung der Erbtochter — kein Vermögen haben, beziehungsweise kein Vermögen in eigenem Besitze und eigener Verwaltung haben kann.

Isaeus de hered. Aristarchi § 10; de her. Hagniae § 41, 42, 45 u. a. m.

Demosthenes in Stephanum p. 1134, in Leocharem 1095. Bei den männlichen Descendenten dagegen hört zwar nicht die

Hausangehörigkeit, wohl aber die Unterwerfung unter den Hausvater mit der erreichten Mündigkeit oder um die Zeit derselben (*ὅποτε ἐπὶ διερεῖς ἡβήσαν*) auf. Die Söhne sind nämlich von da an vollständig handlungs- und verpflichtungsfähig, namentlich aber fähig, eigenes Vermögen und zwar in eigener Verwaltung zu haben;

Isaeus de her. Cir. § 31; Demosth. in Steph. 1135.

während in Ermanglung eingehender Untersuchungen dahingestellt bleiben mag, ob sie in diesem Zeitpunkte von dem Hausvater einen Theil des väterlichen Vermögens ausgefolgt erhalten, oder ob — was wahrscheinlicher ist — für die Regel dieses Vermögen ungetheilt bei dem Vater bleibt und erst nach dessen Tode getheilt wird.

Da indessen bis zu jenem Zeitpunkte die Söhne in gleicher Weise wie die Töchter dem Vater als *κύριος* unterworfen und in Folge hievon weder voll verpflichtungs- noch testirfähig, noch zu eigener Verwaltung von Vermögen geeignet sind,

Isaeus de her. Aristarchi l. c.; de her. Cir. l. c.; de her. Hagniae l. c.

so darf in jener Einwirkung des Mündigwerdens nicht eine Differenz mit dem Grundgedanken der indogermanischen Familienorganisation gesehen werden. Die Familie ist vielmehr zunächst durchaus auf Grund der Unterwerfung aller Familienglieder unter den Ehemann-Hausvater gestaltet: die Unterwerfung der Söhne hört nur frühzeitiger auf, als die der Ehefrau und der Töchter. Diese Auffassung aber ist um so eher gerechtfertigt, je mehr Anhaltspunkte für die Annahme vorhanden sind, dass die Gewalt, soweit sie sich gleichmässig über Töchter und Söhne erstreckt, nicht blos Schutzgewalt (Vormundschaft), sondern eine weitergehende, mindestens theilweise auch selbstnützige Gewalt ist oder wenigstens in den Anfängen der Entwicklung des griechischen Rechtes gewesen ist. Als ein Hinweis auf solche weitergehende Gewalt erscheint in erster Linie die allerdings nicht durchaus unzweifelhafte und noch weniger unbeschränkte Befugniß, durch Aussetzen oder Behalten des Kindes, durch Namengeben und Namenentziehen, durch Eintrag in die Listen der Phratoren beziehungsweise Demoten und durch Unterlassen dieses Eintrages über Existenz und Familienstellung des Kindes zu entscheiden;

Demosthenes adv. Boeotem 996, 999, 1006 und an ver-

schiedenen anderen Stellen; adv. Neaeram 1385 und 1386;

Isaeus de her. Pyrrhi §§ 30, 74 sq. u. a. a. O.

weiterhin die Befugniß zur Ueberlassung des Kindes an eine fremde Familie (*ἐπιποιήσθαι*) und die wahrscheinlich auch dem mündigen Sohne gegenüber auszuübende Befugniß zur einseitigen Verstossung desselben (*ἀποκήρυξις*), welche nach den Grundanschauungen des attischen Erbrechtes selbst dann hieher beweiskräftig ist, wenn sie ihrem Zwecke und Wesen nach nur Enterbung gewesen sein sollte;

Demost. c. Boeot. 1006; Dion. Halic. Ant. Rom. II. 26;

Lucian. abdic. c. 8. 10 u. a. a. O.

die Befugniß zur Vormundsbestellung;

Demosthenes c. Aphobum 814; auch Plato de leg. XI. 7. und endlich das allerdings in die engsten Schranken zurückgedrängte Verkaufsrecht des Hausvaters, dem nach einigen Zeugnissen in alter Zeit auch ein *jus vitae et necis* zur Seite gestanden sein soll.

Plutarch. Solon cap. 13 und 23; Sextus Empyric.

III. 24; vgl. aber auch Dionys. Halicarn. l. c. II. 26.

Weniger als bei den Griechen und selbst als bei den Indern kann bei den Germanen⁶⁾ die Uebereinstimmung der Grundgedanken der Familienorganisation mit den Grundzügen indogermanischer Familienverfassung beanstandet werden — so manche Schwierigkeiten auch einer Seits die Verschiedenheit beziehungsweise Unzulänglichkeit der ältesten Quellen, anderer Seits das Verhältniss der engeren hier allein in Frage stehenden Familie zur weiteren Familie (Sippschaft), der Grundgedanke der Organisation dieser weiteren Familie und das Verhältniss der Hausherrschaft zur Vormundschaft (Mundium) bereitet. Denn soviel steht allgemein fest, dass diese engere Familie aus dem Vater-Ehemann, der Ehe-

6) Die Belegstellen finden sich bei Grimm, Rechtsalterthümer S. 440 f., namentlich S. 455—65. Ausserdem sind zu vergleichen Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes I, S. 43, 116 f., 292 f., 365; II, 283 f., 588 f.; speciell über die eheliche Gewalt und deren Einwirkung auf das Vermögen Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft I, S. 127 f., 142 f. (altnordisches Recht); II, S. 130 ff., 174 ff. (mittelalterliches Recht); Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland I, 126 f., 167 f.; P. Roth, Bayrisches Civilrecht I, S. 319 f. Näher muss im siebenten Buche auf die Grundlagen des german. Güterrechtes eingegangen werden. Daher hier nur Verweisungen.

frau-Mutter und den ehelichen, dem Hause noch angehörenden Kindern besteht; dass Ehefrau wie Kinder mit Person und Vermögen dem Ehemann-Vater unterworfen sind; dass dieser nach allen Richtungen Haupt, Herr und Schützer der in sich geschlossenen Familie ist und die Ehefrau nur innerhalb des Hauswesens im engeren Sinne eine ordnende und verwaltende Thätigkeit von einer gewissen Selbstständigkeit entfalten kann. Und zwar umschliesst die Herrschaft des Hausherrn über die Person nicht blos die Befugniss zur allseitigen Vertretung und zum Schutze der unterworfenen Familienglieder, sondern auch — freilich nur in absterbenden Ueberresten früherer Vollgewalt — eine bis zur Tödtung gehende Züchtigungs- und Strafbefugniss über Frau und Kinder, die Befugniss zur Aussetzung und zum Verkaufe der Kinder, das Recht auf das Wergeld der verletzten oder getödteten Familienglieder, den Anspruch auf den für die Braut zu bezahlenden Kaufpreis. Die Herrschaft über das Vermögen aber bewirkt, so verschieden auch schon frühzeitig wenigstens die ehelichen Güterverhältnisse sich gestalten, allgemein und zweifellos, dass, solange die Ehe dauert beziehungsweise die Kinder dem Hause des Vaters angehören, alles Vermögen in der Hand des Ehemanns und Vaters vereinigt, von ihm zu vertreten, zu verwalten und in der Regel zu niessen ist.

Ueberall — diess ist das Resultat der vorstehenden Ausführungen — überall bei den hervorragenden Völkerschaften des indogermanischen Stammes findet sich also die Unterwerfung der Ehefrau und der Kinder unter die Gewalt des Ehemann-Hausvaters; überall in Verbindung hiemit einer Seits die Unfähigkeit dieser unterworfenen Familienglieder zu activem Vermögensbesitze, anderer Seits die Vereinigung des gesammten Vermögens in der Hand des Ehemann-Hausvaters. Es wird desshalb kaum einer Anfechtung begegnen, wenn angenommen wird, dass die urwüchsige Gestaltung der Familie bei den indogermanischen Völkern jene Unfähigkeit und diese Vereinigung mit sich bringe. Ist diess aber der Fall, so liegt auf der Hand, dass das entsprechende Prinzip des römischen Familiengüterrechtes einer weiteren Ableitung weder bedürftig noch fähig ist. Denn dass im Uebrigen die indogermanische Familienverfassung auch in der altrömischen Familie zum Ausdrucke kömmt,

ist bei der Energie, mit welcher gerade das römische Recht die Unterwerfung der uxor in manu und der liberi in potestate durchführt, nicht zweifelhaft. Ist doch weder bei den Indern, noch bei den Hellenen, noch selbst bei den Germanen der Hausvater so unbeschränkt und so weit hinein in historische Zeiten der Herr über Leben und Tod der Kinder, wie bei den Römern, denen die vitae necisque potestas — diess erhellt aus der Arrogationsformel (Gellius Noct. Att. V. 19) — als ein wesentlicher Bestandtheil der patria potestas erscheint;

Dion. Halic. II. 26 und 27; vgl. ausserdem Livius I. 26;

Valer. Max. V. 8 und 9; Sallust. Catil. 39. u. a. m. St. nirgends die Befugniß zum Verkaufe der Kinder so wenig eingeengt und so zweifellos im selbstnützigen Interesse des Hausvaters ausübbar, wie bei den Römern;

Dion. Halic. II. 27; Plutarch. Numa c. 17; Gajus I. 132 u. a. m.

nirgends das Erbe der Kinder so unbedingt von dem Willen des Hausvaters abhängig, wie bis zur Ausbildung des Pflichttheilsrechtes, also bis in den Beginn der Kaiserzeit, im römischen Rechte ⁷⁾.

II. Wenn nach dem Ausgeführten die Unterwerfung der Ehefrau und der Kinder unter die Gewalt des Hausherrn, und in Folge hievon die Vermögensunfähigkeit jener personae subjectae aller Wahrscheinlichkeit nach ihren Grund in vorrömischen, ja selbst in voritalischen Zuständen hat, und desshalb für die Entwicklung des römischen Rechtes als eine gegebene Thatsache behandelt werden

7) Ueber die personenrechtliche Seite der patria potestas sind ausser den Schriften des vorigen Jahrhunderts, welche diese Seite mit Vorliebe behandeln (Noodt, Bynkerhoeck, Gebauer u. a.) namentlich zu vergleichen: Zimmermann, Römische Rechtsgeschichte I, § 179, 181 und 182 und die in § 179, Note 6 angeführten älteren Schriftsteller; Walter, Römische Rechtsgeschichte §§ 501 f., 537 f.; Rossbach, Die römische Ehe S. 10 f. (der die Stellung des Hausherrn in weiterem Zusammenhange und unter tieferem Eindringen in die Prinzipien erfasst, als bis dahin geschehen war); Jhering, Geist des römischen Rechtes II, § 32 (der den mildernden Einfluss einerseits der Familienliebe, andererseits der Sitte betont, und hiedurch die herkömmliche Anschauung über die thatsächliche Gestaltung des römischen Familienlebens wesentlich rectificirt); Brinz, Pandekten S. 1152 f. (der einerseits durch Hervorhebung des mit der Gewalt verbundenen Officium, andererseits durch begriffliche Erfassung der einzelnen in der patria potestas enthaltenen Befugnisse die Lehre fördert).

darf: so verhält sich diess anders mit der näheren, namentlich der rechtlichen Gestaltung, in welcher jene Vermögensunfähigkeit bei den Römern auftritt. Das römische Familienrecht ist nämlich sehr prägnant und in folgenschwerer Weise von den parallel laufenden Institutionen der anderen indogermanischen Völkerschaften verschieden, kann also durch Hinweisung auf die gemeinschaftliche Grundlage der Familienorganisation dieser Völker nicht erklärt werden.

Vor Allem dauert die Unterwerfung der Hauskinder und hiemit die Vermögensunfähigkeit im römischen Rechte prinzipiell während des ganzen Lebens des Hausvaters — ohne Rücksicht auf die Erreichung der Volljährigkeit, die Gründung eines selbstständigen Haushaltes, die Erlangung einer selbstständigen Stellung Seitens der Kinder —; ist ferner eine frühere Aufhebung der Gewalt in der Hauptsache nur durch ausserordentliche, auch das weitere Familienband und selbst den Geschlechtsverband (agnatio und gens) zerreissende Ereignisse (emancipatio) möglich; erstreckt sich endlich in Folge hievon die Gewalt des paterfamilias für die Regel auch über die eheliche Descendenz der Söhne und Sohnesöhne⁸⁾).

Dion. Halic. II. 26 sq. Gellius Noct. Att. II. 2; Gajus

I. 127; Ulpiani fragm. X. 2 u. a. m.

Diess ist nach attischem Rechte zweifellos anders, insoferne der Sohn mit erreichter Mündigkeit von der Gewalt, wenn auch nicht von dem Familienbände frei wird: und zwar anders wahrscheinlich nicht in Folge der rasch vorschreitenden Cultur oder der durchgeführten demokratischen Verfassung Athens, sondern in Folge uralter hellenischer Rechtsanschauung. Wenigstens ist in der homerischen Epopoe (Odys. XXIV. 204 f.) der Vater des Odysseus noch am Leben, als letzterer nach Ithaka zurückkehrt, — Odysseus aber keineswegs als im Vermögen des Vaters sitzend und diesem unterthan dargestellt. Und nach den ältesten Rechten der Germanen löst sich die väterliche Gewalt während Lebens des Vaters von selbst auf — sei es nun bei Erreichung der Volljährigkeit Seitens des Sohnes, sei es, was wahrscheinlicher ist, bei thatsächlicher Tren-

8) Ueber die Dauer und Auflösung der patria potestas vgl. Zimmern, a. a. O. §§ 224 u. 225; Rein, Das römische Civilrecht S. 496—99.

nung vom väterlichen Haushalte ⁹⁾. Bei den Indern aber scheint schon nach dem *Mánava-Dherma-Sástra* (IX. 104, 215 f.) die Abschichtung der herangewachsenen Söhne, die später als Pflicht des Vaters gegenüber den zu eigener Ernährung fähigen und die Trennung verlangenden Söhnen auftritt (*Yājñ.* II. 116), häufig vorgekommen zu sein.

Weiterhin führt die Unterwerfung der *liberi in potestate* und der *uxor in manu* zur völligen Rechtlosigkeit derselben: d. h. zur rechtlichen Unfähigkeit, Subjekt eines Privatrechtes, namentlich eines Vermögensrechtes zu sein (vgl. oben § 2), und diese Rechtlosigkeit wiederum dazu, dass das in der Hand des Vaters vereinigte Vermögen *patrimonium* im strengsten Sinne, d. h. nicht bloß dem Besitze, der Verwaltung, der Bestimmung der Erträge nach, sondern auch dem Rechte nach ohne alle Unterscheidung der einzelnen Vermögenstheile Vermögen des Hausvaters ist (vgl. § 1 fl., namentlich § 3; dann unten §§ 9 fl.). Beides zusammen aber begründet eine Stellung der freien *personae subjectae* auf dem Gebiete der privaten Rechtsfähigkeit, welche sonst nur die unfreien Familiengenossen, die *servi*, einnehmen. Denn wenn auch das alte indische Recht ein mit dem Prinzip des römischen Familiengüterrechtes genau übereinstimmendes Prinzip an die Spitze stellt:

Man. IX. 416: Drei Personen können im Allgemeinen kein Sondergut haben: Die Ehefrau, der Sohn und der Sklave.
Alles was sie etwa erwerben, wird für die Regel dem Manne erworben, dem sie selbst unterworfen sind.

so zeigt doch das Frauenvermögen, welches schon im *Mánava-Dherma-Sástra* (IX, 194 fl.) erwähnt wird, dass es mit dem Prinzip und seiner Durchführung nicht so ernst gemeint ist, wie bei den Römern. Und obgleich Man. IX. 208 richtiger nicht von einem Sondergute der unter väterlicher Gewalt stehenden Söhne, sondern von Sondergut der die Gemeinschaft nach dem Tode des Vaters fortsetzenden Brüder (IX. 204) zu verstehen ist ¹⁰⁾, so be-

9) Das Erstere behauptet Kraut, Die Vormundschaft II, S. 597 f.; das Zweite Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechtes (1865), S. 1—24, dem Zimmermann, civ. Archiv L, S. 158 f. beitrifft. — vgl. hierüber das siebente Buch.

10) A. M. Warnkönig, Encyclopädie S. 135, bei Note 10 vgl. aber

rechtiht doch die regelmässige, allmählig zur Pflicht werdende Abschihtung der Söhne (Yājñ. II. 116) und das zweifellose Vorkommen eigentlihen Sohnesvermögens im zweitältesten Gesetzbuche der Inder (Yājñ. II. 118, 123 u. a. m.) auch bezüglich des Vermögens der Kinder zu einer ähnlihen Annahme. Bei den Germanen aber und den Hellenen ist der Hausgenosse (Frau und Kind) von Vorneherein nur unfähig, Vermögen in eigenem Besitze und eigener Verwaltung zu haben, nicht rechtsunfähig, ist also das in der Hand des Ehemann-Hausvaters geeinigte Vermögen keineswegs nothwendig in allen seinen Bestandtheilen auch rechtlich Vermögen desselben. So ist nach attischem Rechte der Sohn, auch so lange er in der Gewalt ist, fähig, durch Erbgang und auf ähnliche Weise Vermögen zu erwerben, das ihm mit der Mündigkeit oder um deren Zeit ausgefolgt werden muss,

Demosth. in Steph. II. 35; Isaeus de hered. Cir. § 41.
u. a. a. St.

und muss in ähnlicher Weise die Mitgift der Ehefrau (πρόδωξ) bei Trennung der Ehe entweder der Frau oder deren Erben zurückgegeben werden ¹¹⁾. So ist ferner nach alt-nordischem Rechte ¹²⁾ das Vermögen der Eheleute zwar immer und nothwendig in der Verwaltung des Ehemannes, und dieser in Beziehung auf die Vermögensrechte Vertreter der Ehefrau; aber die Eigenthums-Verhältnisse sind entweder nicht oder wenigstens nicht so geändert, dass der Ehemann alleiniges Subjekt der Vermögensrechte wäre. Ebenso hat nach dem Inhalte der deutschen Volksrechte ¹³⁾ der Ehemann überall das Verwaltungsrecht auch an dem von der Ehefrau eingebrachten Vermögen, aber die Frau bleibt Eigenthümerin des eingebrachten Vermögens. Und dass es sich in ähnlicher Weise mit dem Vermögen der Kinder verhält, ergibt sich

auch Wynch, The Daya-Crama-Sangha p. 102; Benfey in Ersch und Gruber s. v. Indien, S. 237.

11) Bunsen, de jur. her. Ath. p. 17 sq., p. 44 sq. Meier-Schömann, Attischer Prozess S. 421 f., 468 ff., u. a. a. O.

12) Rive, Die Geschichte der deutschen Vormundschaft I, S. 127 f., 142 f.

13) Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland I, S. 126 f., S. 167 f.; vgl. auch Rive, a. a. O. S. 265 ff.; Roth, Bairisches Civilrecht I, S. 319 f.

aus den Bestimmungen über das Schicksal des Frauenvermögens bei Lösung einer bekinderten Ehe durch den Tod der Ehefrau-Mutter: diese Vermögensbestandtheile fallen für die Regel entweder ganz oder theilweise an die Kinder, bleiben jedoch bis zur Selbstständigkeit der letzteren in Verwaltung und Nutzniessung des Vaters.

Wie erklären sich nun diese prinzipiellen Differenzen in der Organisation der altrömischen Familie gegenüber der Familienverfassung der übrigen indogermanischen Völkerschaften?

Die Annahme, dass die Römer allein die ursprüngliche und urwüchsige Gestaltung der indogermanischen Familie bewahrt haben ¹⁴⁾, die Differenzen also in einer bei den übrigen Völkern eingetretenen Abschwächung und Umänderung derselben ihren Grund haben, wäre zunächst, namentlich in Erwägung der vielen Mittelstufen, welche die Rom gründende Bevölkerung zu der Zeit der Gründung erstiegen und überstiegen hatte, willkürlich — wenn auch in Beziehung auf den ersten der hervorgehobenen Punkte keineswegs ohne innere Wahrscheinlichkeit. Keinenfalls aber überhebt solche der Aufgabe, festzustellen: warum bei den Römern so viel länger als bei den übrigen stammesverwandten Völkern die volle und reine Organisation der vorhistorischen Familie sich erhalten hat.

Für die Beantwortung dieser beziehungsweise der in erster Linie aufgeworfenen generellen Frage sind nun vor Allem die Versuche, die römische Familienorganisation auf den Einfluss dieses oder jenes der verschiedenen Stämme zurückzuführen, aus denen das römische Volk zusammengefloßen sein soll, ohne Bedeutung. Denn will auch davon abgesehen werden, dass die Hypothesen über die Bildungsgeschichte des römischen Volkes eben nur Hypothesen und zwar grossen Theils schwach fundirte Hypothesen sind ¹⁵⁾, so sind jedenfalls die Nachrichten über die vorrömische Existenz der einzelnen mittelitalischen Stämme und namentlich über die socialen, politischen und Familienverhältnisse in und bei solchen viel zu

14) Rossbach, a. a. O. S. 37; Jhering, a. a. O. II, S. 170.

15) Götting, Geschichte der römischen Staatsverfassung §§ 1—27; Schwegler, Römische Geschichte I, S. 195 f., 384 f., namentlich aber S. 459 ff.; Lange, Römische Alterthümer I, S. 67 f.; Mommsen, Römische Geschichte I, S. 43 f.; Kuntze, Coursus §§ 50 f. und Excurs. zu § 50 u. 55.

dürftig und unsicher, als dass sie mit einiger Sicherheit zur Aufklärung und Lösung des in Frage stehenden Problemes verwendet werden könnten. Der am häufigsten vertretenen und relativ am besten begründeten der in dieser Richtung gemachten Aufstellungen aber — der Annahme eines bestimmenden Einflusses des sabinischen Stammes ¹⁶⁾ — steht noch ein specieller Grund entgegen. Auch Diejenigen, welche dem sabinischen Stamme für die Entstehung des römischen Volkes beziehungsweise des römischen Gemeinwesens eine hervorragende Bedeutung beimessen, betrachten doch Rom in der Hauptsache als eine latinische Gemeinde. Sollte nun der herrschende und im Allgemeinen massgebende Bestandtheil der Bevölkerung gerade in denjenigen Verhältnissen, die überall am Engsten mit der Stammeseigenthümlichkeit, der alten Sitte und Gewöhnung, der Religion zusammenhängen und die sich deshalb naturgemäss am Längsten äusseren Einflüssen entziehen, durch fremde Sitte, fremde Anschauungen, fremde Einrichtungen bestimmt worden sein? Nur das Gegentheil hat innere Wahrscheinlichkeit für sich — dass die Sabiner, die sich mit einer latinischen Gemeinde zu einem Staatswesen verbinden und mit ihr zu einem Bestandtheile des latinischen Bundes werden, allmählig auch in ihrer häuslichen Sitte und der Organisation ihrer Familie latinisirt werden ¹⁷⁾.

Aber freilich wollen sich auch im Wesen des römischen Volkes, in der staatlichen Organisation desselben, in der Entwicklungsgeschichte von Staat und Volk keine Momente auffinden lassen, welche jene Eigenthümlichkeiten des altrömischen Familienrechtes in völlig unanfechtbarer Weise erklären würden.

Zwar die Intensivität der Gewalt, die sich in der Unfähigkeit der *personae subjectae* zu jeder eigenen Berechtigung ausspricht, macht verhältnissmässig wenig Schwierigkeiten: sobald nur gestattet ist, auf ausgesprochene, wenn auch nicht gerade für jeden einzelnen Punkt speziell erweisbare Eigenthümlichkeiten der ältesten und älteren römischen Rechtsbildung zu recurriren ¹⁸⁾. Ein-

¹⁶⁾ So namentlich Götting, a. v. St., z. B. S. 50, 53 u. 109; dann Puchta, Institutionen I, § 38, 39; aber auch Schwegler, a. a. O. S. 243 f. (vgl. übrigen S. 515.)

¹⁷⁾ Mommsen, a. a. O. S. 45.

¹⁸⁾ Jhering, Geist des römischen Rechtes I, § 10 f., § 20, II, § 31 f., § 36, III, § 54.

mal führt nämlich die Energie des römischen Geistes auf dem Gebiete der Rechtsbildung zweifellos zu dem Streben nach möglichst absoluter Gestaltung der Unterwerfungsverhältnisse, welche den Stoff des Rechtes darstellen: wie diess die scharfe Ausbildung des Eigenthumsbegriffes und die älteste Gestaltung der Obligation zur Genüge darthun. Findet sich nun die Unterwerfung von Frau und Kindern unter den Hausherrn für die Bildung des römischen Rechtes als eine gegebene Thatsache vor: so entspricht es jener Tendenz vollkommen, wenn die Unterwerfung sich als eine absolute gestaltet und die Person nach allen Seiten der Privatlebens-Verhältnisse hin ganz ergreift. Eine solche Unterwerfung aber kann Frau und Kind nicht als präsen- te Privatrechtssubjekte und kann Bestandtheile des in der Hand des Gewalthabers vereinigten Vermögens nicht als Vermögen der Frau und der Kinder gelten lassen.

Wird ferner ins Auge gefasst, wie entschieden das ältere römische Recht die Privatlebens-Verhältnisse als das Gebiet betrachtet, auf welchem der Wille des Berechtigten und nur dieser Wille massgebend sein dürfe, so ergibt sich — wiederum die Unterwerfung der anderen Familienglieder unter den *paterfamilias* vorausgesetzt —, dass diesem Rechte eine Auffassung des Gewaltverhältnisses am Nächsten liegen muss, welche den Willen des Hausvaters als unbedingt massgebend anerkennt, also auch nicht durch Anerkennung entgegenstehender Rechte der *personae subjectae* einengt. Dass aber jene Anschauung für die Familiengewalten nicht weniger massgebend ist, als auf dem Gebiete des reinen Vermögensrechtes, zeigt in unbestreitbarer Weise die unbeschränkte Testirbefugniss und die Möglichkeit, den zur Intestaterbfolge berufenen Verwandten und zwar selbst den nächsten Familienangehörigen (*sui heredes*) das Erbe nach Willkür zu entziehen.

Endlich möchte selbst die unverkennbare Richtung der älteren Rechtsbildung auf die Schaffung klarer und einfacher Rechtsverhältnisse — die prinzipielle Einseitigkeit der ältesten Rechtsverhältnisse ist ein Beweis für solche — zur Erklärung angezogen werden dürfen: würde doch die Klarheit und Einfachheit des Verhältnisses entschieden Noth leiden, wenn dem Rechte des Gewalthabers irgend welche obgleich zunächst latente Rechte gegenüberstehen würden

und wenn die Herrschaft theilweise über ein fremdes, mit dem eigenen aber faktisch vermischtes Vermögen auszuüben wäre.

Freilich setzt die Möglichkeit der vollen Einwirkung solcher allgemeinen Tendenzen voraus, dass die aus ihnen sich ergebende Gestaltung nicht in Widerspruch mit dem unterliegenden Sachverhalte tritt — mit anderen Worten: dass nicht überwiegende materielle Interessen vorliegen, welche die Rechtsbildung in eine andere Bahn drängen. Allein wenn in jenen alten Zeiten weder die Ehe

Gellius Noct. att. IV. 3; Dionys. Halic. II. 25;
Plutarch. Romul. c. 22 u. a. m.

noch die patria potestas

vgl. die an die XII. Tab. sich anlehrende, also für spätere
Entstehung sprechende Emancipationsformel bei Gajus
I. 132 u. a. a. O.

gelöst werden können oder wenigstens ohne die triftigsten Gründe gelöst werden ¹⁹⁾, und wenn weiterhin der Anfall einer Erbschaft an eine persona subjecta während der Dauer der Subjection nicht im regelmässigen Laufe der Dinge liegt: so lässt sich nirgends ein solcher Widerspruch und eine solche Nöthigung ersehen. Denn ein dringendes Interesse an Erhaltung des eingebrachten Gutes für die Ehefrau ist doch nur vorhanden, wenn solche entweder willkürlicher Scheidung ausgesetzt, oder im Falle des Vorabsterbens des Ehemannes nicht Erbin, beziehungsweise nicht unter den Erben desselben ist. Ebenso liegt das Bedürfniss eines Vermögens, das, während es in Verwaltung und Niessung des Hausvaters steht, rechtlich dem Kinde gehört, erst dann vor, wenn das Kind auf andere Weise als durch seine Arbeitskraft, namentlich also wenn es durch Erbgang erwerben kann und häufiger erwirbt — wie diess die Geschichte der Adventitia beweist. Und wenn die Gewalt regelmässig bis zu dem Tode des Gewalthabers dauert, findet auch

19) Ueber die Geschichte der Scheidung vgl. Rein, Das Privatrecht der Römer S. 447 ff. und die daselbst weiter angeführte Literatur (S. 447, Note 2); dazu Bechmann, Das römische Dotalrecht I, S. 68 f. Die verhältnissmässig späte Entstehung der Emanzipation betont Jhering, a. a. O. § 32 (S. 191); vgl. auch Lange, Röm. Alterthümer I, S. 104 f.; Mommsen, Röm. Geschichte I, S. 60 u. 61.

die materielle Bestimmung des *patrimonium* — Familienvermögen zu sein und die Basis für die künftige selbstständige Existenz der unterworfenen Familienglieder abzugeben — ihren adäquaten Ausdruck in der Anerkennung einer Erbberechtigung der durch den Tod des Gewalthabers selbstständig werdenden Familienglieder.

Die lebenslängliche Dauer der Gewalt — in ihr besteht der zweite hieher erhebliche Differenzpunkt — ist nun allerdings eine Besonderheit der römischen *potestas*, die sich auch vom Standpunkte der römischen Entwicklung aus nur hypothetisch erklären lässt. Sie kann nämlich als eine Eigenthümlichkeit von hervorragend materieller Bedeutung nicht wohl in formellen Tendenzen der Rechtsbildung, muss vielmehr fast nothwendig in der materiellen Unterlage der rechtlichen Formulirung, also in der römischen Familienverfassung selbst den Grund sei es der Entstehung und Ausbildung, sei es der Festhaltung und Fortdauer haben. Fragt es sich aber, welche politischen oder socialen Umstände wohl auf die Ausbildung oder die Festhaltung einer so ausgesprochen patriarchalischen Familienorganisation geführt haben mögen, so kann die Antwort unmöglich der historisch beglaubigten Gestaltung der Dinge in republicanischer Zeit oder auch in den letzten Jahrhunderten der königlichen Herrschaft entnommen werden. In diesen Zeiten — und zwar wohl schon vor, jedenfalls aber seit Servius Tullius — ist der Haussohn in politischer Beziehung dem Hausvater gleichgestellt, namentlich *comitialfähig* ²⁰⁾ wie der Hausvater; Livius IV. 45, XXIV. 14; Dion. Halic. II. 26, IX. 36; Gellius Noct. Atticae II. 2.

die staatliche Organisation also eher dazu angethan, das Freiwerden des erwachsenen Sohnes von der Gewalt, als die Lebenslänglichkeit derselben hervorzurufen. Und das zweite mögliche Motiv der Erhaltung oder künstlichen Reproduktion patriarchalischer Sitte nach der in Frage stehenden Richtung hin — die rechtliche Gebundenheit d. h. Untheilbarkeit und Unveräusserlichkeit des Grundbesitzes — ist, wenn überhaupt je vorhanden ²¹⁾, in dieser Zeit wieder be-

20) Lange, Röm. Alterthümer I, S. 344 oben, vgl. auch S. 82, 102.

21) Ueber die ältesten Ackerverhältnisse in Rom (Staatseigenthum oder Geschlechtseigenthum oder Privateigenthum? und letzteren Falles gebundenes oder ungebundenes Privateigenthum?) vgl. Puchta, Instit. I,

seitigt oder wenigstens so abgeschwächt, dass ihm ein massgebender Einfluss nicht zugeschrieben werden kann. Die Erklärung muss also den früheren Zuständen entnommen werden und ist mithin nothwendig denselben Bedenken unterworfen, denen jede Reconstruction jener nicht unmittelbar bezeugten, nur durch Rückschlüsse zu eruirenden Zustände unterliegt. Indessen kann sie doch an die verhältnissmässig sicherste Gestaltung aus römischer Vorzeit anknüpfen: an den patrizischen Geschlechterstaat. Mehrfache äussere Gründe, zu denen die Bezeichnung *patres* für die Patrizier, die nothwendige Gewaltfreiheit der ältesten Staatspriester (*flamines Diales*), der *pater patratus* u. s. f. gehören, dann aber und namentlich der unzweifelhafte Zusammenhang jeden Geschlechterstaates mit den ersten Anfängen staatlicher Organisation und somit mit der Familie lassen es nämlich in hohem Grade als wahrscheinlich erscheinen, dass im Geschlechterstaate mindestens anfänglich nur die Familienhäupter politische Stellung und Bedeutung beanspruchen können, und dass diese Stellung und Bedeutung gerade auf die Familie sich stützt, die sie repräsentiren und vertreten. Ist dem so, so liegt in der staatlichen Gestaltung ein Motiv nicht, wie späterhin, zur Selbstauflösung, sondern zur Zusammenfassung und Erhaltung der Familie, also auch für die Lebenslänglichkeit der Gewalt ²²).

Ob dieses Motiv hingereicht hätte, die Lebenslänglichkeit zu begründen, wenn nicht entweder anderweite in den socialen Verhältnissen gelegene Gründe unterstützend eingewirkt hätten oder dieselbe schon vor der Organisation des Geschlechterstaates vor-

§ 40; Rudorff, Schriften der römischen Feldmesser II, S. 302 ff., 381 ff.; Schwegler, Römische Geschichte I, S. 617 ff.; Lange, Römische Alterthümer S. 113 f., 163 f.; Mommsen, röm. Geschichte I, S. 37, 70, 182 f.; Jhering, Geist des röm. Rechtes I, 183 f.; Walter, Römische Rechtsgeschichte I, § 18.

22) Die ziemlich verschiedenen Aufstellungen über den römischen Geschlechterstaat, die aber doch alle darin zusammentreffen, dass ein solcher existirt habe, dass in solchem die Gentes die Basis der staatlichen Organisation gebildet haben, und dass er an den patriarchalischen Staat (Familienstaat) anknüpfe, erhellen aus Niebuhr, Röm. Geschichte I, 326 f.; Göttling, a. a. O. S. 1 f., 62 f.; Puchta, a. a. O. I, § 39; Schwegler, a. a. O. S. 609 f.; Lange, a. a. O. S. 79 f., S. 182 f., 201 f.; Jhering, a. a. O. I, 513 u. 514; Mommsen, a. a. O. I, S. 57 f.

handen, also ein Erbtheil aus vorrömischer Zeit gewesen wäre, ist freilich eine Frage, die sich schwerlich verneinen lässt.

Aber es fehlt auch nach diesen Richtungen hin nicht an unterstützenden Momenten. Zweifellos ist die ursprüngliche Bevölkerung Roms und des römischen Gebietes eine Ackerbaubevölkerung und zwar eine Ackerbaubevölkerung, die sich in eine verhältnissmässig kleine Markung zu theilen hat. Der Natur der Sache wie der Erfahrung nach bleibt die Familie des Ackerbauers viel länger und regelmässiger in Bebauung des väterlichen Gutes auf solchem beisammen und hiemit unter der lebenslänglichen Herrschaft des Vaters, als die Familie der handel- oder gewerbetreibenden, oder auch der Jäger- und Fischerbevölkerungen. Und je kleiner die Markung ist, je mehr sich also vorzeitige Theilung des Hauswesens verbreitet: um so zäher wird diese Sitte festgehalten werden.

Diess würde allerdings zugleich auf vorrömische Existenz der lebenslänglichen Gewalt und hiemit auf eine der römischen ähnliche Familienorganisation bei den anderen mittelitalischen Stämmen oder wenigstens bei den Latinern hinweisen. Allein ohne dass hieraus ein Argument gegen die Richtigkeit des Ausgangspunktes entnommen werden könnte: denn die Zustände der längst untergegangenen beziehungsweise in die civitas Romana einverleibten mittelitalischen Stämme haben der classischen Jurisprudeuz sicherlich nicht vorgeschwebt, wenn sie die patria potestas als ein spezifisch römisches Institut bezeichnet (Gajus I. 55 f.) und überdiess zeigt die

Lex munic. Salp. c. XXI und XXII,

dass wenigstens den späteren Latinern die patria potestas kein fremdes Rechtsinstitut war. In anderer Beziehung aber dient die Anknüpfung einer Seits an sociale Zustände und anderer Seits an allgemeinere Sitte zur Beseitigung eines Bedenkens, welches der Ableitung der Lebenslänglichkeit aus staatlichen beziehungsweise gentilicischen Einrichtungen entgegenzustehen scheint: zur Beseitigung der Einwendung nämlich, dass die plebs an derartigen Einrichtungen in den fraglichen Zeiten keinen Theil gehabt habe, die patria potestas sich bei ihr ganz ebenso wie bei den patres finde, und an willkürliche Uebertragung eines Institutes wie die patria potestas nicht zu denken sei. Denn den angedeuteten wei-

teren Motiven gegenüber können diese allerdings begründeten Umstände nicht, beziehungsweise nicht in irgend massgebender Weise in Betracht kommen, und zwar gleichviel, ob diese oder jene der verschiedenen Hypothesen über die Entstehung der plebs zu adoptiren ist.

Der Entstehung und den Gründen der römischen Familienorganisation noch näher zu kommen, möchte nicht möglich sein. Immerhin aber werden die erreichten Resultate zur Begründung der vorausgeschickten These hinreichen — der These nämlich: dass die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder nicht aus dem juristischen Wesen der patria potestas gefolgert werden kann und darf, sondern unmittelbar mit der Organisation der römischen Familie gegeben und aus dieser Organisation beziehungsweise der solche bestimmenden materiellen Grundlage, soweit nöthig, zu erklären ist.

Zweiter Abschnitt. Die Entwicklung des Prinzipes und seiner Folgesätze.

Die Unfähigkeit des Hauskindes, Subject von Privatrechten — speciell von Vermögensrechten — zu sein, ist einmal der Grund, aus welchem die liberi in potestate mit andern personae subjectae den homines sui juris als eine Kategorie von Personen mit geminderter Rechtsfähigkeit gegenübergestellt werden (vergl. Gajus I. 48 u. 49). Hierüber ist hier eine nähere Ausführung nicht zu geben (vergl. oben § 4). Weiterhin ist aber diese Vermögensunfähigkeit einerseits Voraussetzung und Ausgangspunkt des Erwerbes des Hausvaters durch das Hauskind (vergl. oben §§ 1 u. 2), anderer Seits der Grund der Vermögenslosigkeit der Hauskinder (vergl. oben § 2).

Unter diesen beiden Gesichtspunkten soll desshalb in Folgendem die Auseinanderlegung des Principes in seine Folgesätze versucht werden.

I. Der Erwerb des Hausvaters durch die Hauskinder.

§ 7. Die Fähigkeit der Hauskinder zu der Vornahme von Erwerbsgeschäften (der Grundsatz und seine Entstehung).

Die Quellen sprechen aufs Bestimmteste aus, dass in der römischen Familie nur der Hausvater Privatrecht und hiemit Vermögen haben kann;

Gajus II. 87, 96; III. 163 u. a. m.

der Vermögensunfähigkeit der unterworfenen Familienglieder correspondirt also die Vereinigung allen durch die Familienglieder erworbenen Vermögens in dem Rechte und Vermögen des Hausvaters (patrimonium). Diese Vereinigung setzt aber wiederum voraus, dass jeder Erwerbsact des Hauskindes die ihm adäquaten Wirkungen auf das väterliche Vermögen (patrimonium) ausübt.

Gajus II. 87: Item quod liberi nostri, quos in potestate habemus . . . adquirunt, id nobis adquiritur. Vergl. auch

§ 1 J. per quas personas 2, 9. u. a. m.

Freilich ist nun, wenn dieser letztere Satz von Bedeutung sein soll, vor Allem erforderlich, dass das Hauskind überhaupt Erwerbsacte mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen fähig ist.

Die Fähigkeit ist selbstverständlich, soweit die Acte, durch welche sich der Erwerb vollzieht, nur factischer Natur sind; sie ist indess auch in Beziehung auf diejenigen Erwerbsacte, welche den Character von Rechtsgeschäften an sich tragen, nach classischem Rechte im Allgemeinen zweifellos.

So sagt Gajus II. 87:

Igitur quod liberi nostri . . . *ex aliquolibet causa* adquirunt, id nobis adquiritur. Vergl. auch L. 10. § 1. acq. dom.

41, 1; § 3 J. per quas pers. 2, 9; und weiterhin Fragm.

Dosithe. 5.

und führen die Quellen als Erwerbsgeschäfte, welche das gewaltunterworfenen Familienglied vorzunehmen vermöge, auf: die *mancipatio*,

Gajus II. 87; III. 166 u. 167. Fragm. Dosithe. 5; Ulp.

XIX. 18; fragm. Vaticana § 89. (Ulp. lib. 16 ad Sabin.)

Vergl. auch das in der Zeitschrift für Rechtsgesch. IX.

117 fl. mitgetheilte *pactum fiduciae*.

die *stipulatio*,

vergl. zu den angeführten Stellen Gajus III. 166; Tit. Inst.

de stip. serv. 3, 17; Tit. Dig. 45, 3. u. ff.

die *usucapio* und *longi temporis possessio*,

Gajus II. 89. vergl. mit L. 10. § 4. acq. dom. 41, 1; § 3

J. l. c.

die hereditatis aditio einschliesslich der cretio,

Ulpian. XIX. 19. vergl. mit Gajus II. 188 sq.; pr. —
§ 3. Inst. her. inst. 2, 14.

die acceptilatio, behufs Beseitigung eigener Schulden, wie von Schulden des Gewalthabers,

L. 11. pr. accept. 46, 4 (Paulus lib. 12 ad Sab.) vergl. mit
L. 8. § 2. e. t.

die traditio,

vergl. ausser den bei der mancipatio angeführten Stellen § 3.

J. per quas pers. 2, 9; L. 1. § 5 u. folg. §§ acq. poss.

41. 2. (Paulus lib. 52. ad Edict.) u. a. m.

die thesauri motio,

L. 63. pr. acq. dom. 41. 1. (Tryphon. lib. 7. Disp.)

contractus und pacta aller Art,

Gajus III. 163 (pr. J. per quas pers. 3, 28); L. 7. § 18,

L. 17. § 7. bis L. 21. pr. pact. 2. 14. u. a. m.

— Erwerbsacte, denen im Sinne des römischen Rechtes die
Betheiligung bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung, sei
es als Erbe, sei es als Vermächtnissnehmer

Gajus II. 123 f. vgl. mit II. 185 f.; L. 16. qui test. fac. 28.

1. (Pomponius lib. sing. Reg.)

anzufügen ist.

Acquisitiones civiles wie acquisitiones naturales, altcivilistische
Formgeschäfte wie formlose Erwerbsacte, Erwerbsgeschäfte auf dem
Gebiete des Sachen-, wie auf dem Gebiete des Obligationenrechtes,
liberatorische wie rechtsbegründende Erwerbsacte: Erwerbsgeschäfte
aller Art und jeder Kategorie finden sich also aufgeführt.

Indessen, so zweifellos hienach die Befähigung der Hauskinder
zu dem Abschlusse erwerbender Rechtsgeschäfte im classischen Rechte
anerkannt ist, so fragt es sich doch:

I. wann und aus welchen Gründen diese Befähigung
anerkannt worden ist?

Liesse sich ohne Weiteres annehmen, dass die Entwicklung
der Befähigung der Hauskinder und der Befähigung der Sklaven
Hand in Hand gegangen ist, so könnte die Frage mit ziemlicher
Sicherheit beantwortet werden — wenn auch nicht gerade in Be-
ziehung auf die Zeit, so doch in Beziehung auf die Gründe. Denn

so wenig zu bezweifeln sein wird, dass diejenigen späteren Rechtsgeschäfte, die von dem Standpunkte des *jus civile* aus weniger als Rechtsgeschäfte, denn als faktische Vorgänge erscheinen mussten, wie *traditio*, *occupatio* u. s. f., den Slaven als factische Vorgänge von jeher zugänglich waren, so wenig ist es wahrscheinlich, dass die Slaven ¹⁾ sich ohne Weiteres und von jeher bei den eigentlichen Erwerbsgeschäften des alten Civilrechtes (*mancipatio*, *sponsio* beziehungsweise *stipulatio* u. s. f. — über die in *jure cessio* vgl. II.) handelnd und erwerbend betheiligen konnten. Die publicistische Grundlage der in Betracht kommenden Formen, die Verbindung, in welcher die Geschäfte mit der Civität stehen — nur *cives Romani* können sich ihrer bedienen —; die innere Structur der Geschäfte selbst, die überall die handelnde Person als den Erwerber des Rechtes äusserlich hervortreten lässt, machen Diess von Vorneherein nicht wohl glaublich. Es fehlt aber auch nicht an anderen Anhaltspunkten für die verneinende Antwort. So soll namentlich nach einer feststehenden und augenscheinlich weit zurückreichenden Regel des Civilrechtes die Befähigung der Slaven sowohl zur passiven Betheiligung bei Testamentsgeschäften (*testamenti factio*), als zum Abschlusse von Stipulationen — also wohl überhaupt zur Vornahme von als Rechtsgeschäften aufgefassten Erwerbsacten — aus der Fähigkeit des *dominus servi* abgeleitet und bestimmt werden:

Regula juris civilis est, quae efficit, ut, quibus ipsis legare possumus, eorum quoque servis legare possimus. Pomponius lib. 3. ad Sab. in L. 12. § 2. leg. I. Vgl. ausserdem L. 31. pr. her. inst. 28. 5. (Gajus lib. 17. ad Edict. prov.); L. 82. § 2. leg. II. (Paulus lib. 10. Quaest. unter Berufung auf Valens und Julianus); L. 5. serv. legat. 33. 3. (Papinianus lib. 16. Quaest.) u. a. m.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. pr. J. stip. serv. 3. 19.

Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων

1) Ueber die Erwerbsfähigkeit der Slaven gibt nähere Ausführungen A. Schmidt, Die Persönlichkeit des Slaven I. (Freiburger Universitätsprogramm von 1868) S. 14 f.

δεσπότων χαρακτηρίζονται — Theophilus Paraphr. ad pr. J. cit.

was auf eine überlegte, durch die Jurisprudenz vermittelte Uebertragung der Fähigkeit von den Herren auf die Slaven zurückweist.

Vgl. auch L. 31. pr. cit.: quum testamenti factio cum servis ex persona dominorum *introduc*t*a* est.

So lässt sich ferner wenigstens die mancipatio des Slaven ohne innere Unwahrheit nicht anders vorgenommen denken, als unter Hinweisung auf den genannten oder ungenannten dominus ²⁾).

Gajus III. 167: . . . aut cum ita mancipio accipiat: Haec rem ex jure Quiritium Lucii Titii domini mei esse ajo eaque ei empta esto hoc aere aeneaque libra.

was hier von um so grösserer Bedeutung ist, als im ältesten Rechte aller Wahrscheinlichkeit nach mancipatio und in jure cessio die zwei Grundformen aller eigentlichen Rechtsgeschäfte waren, die in jure cessio aber den Slaven nie zugänglich geworden ist (vgl. auch den § 8. II.).

Rechtfertigen diese Gründe die Annahme, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit der Slaven nicht als eine selbstverständliche, aus der thatsächlichen Willens- und Handlungsfähigkeit resultirende Eigenschaft derselben betrachtet und von jeher anerkannt, vielmehr im Laufe der Entwicklung erst eingeführt worden ist (*introduc*t*a* est): so ist der Anknüpfungspunkt für diese Einführung sowohl durch die Natur der Sache als durch die oben angeführten Sätze nahe genug gelegt. Es ist eben das Bedürfniss und Verlangen des Herrn einer Seits nach Unterstützung und Vertretung in dem Rechtsverkehre, anderer Seits nach allseitiger Ausnützung der im Slaven liegenden Arbeitskraft, was allein dazu führen konnte, die rechtliche Erwerbsfähigkeit des Herrn auf den Slaven zu übertragen und diesen im Namen des Herrn erwerben zu lassen. Diess macht denn auch einen Schluss auf die Periode möglich, in welcher die Entwicklung wahrscheinlicher Weise vor sich gegangen ist — denn ein entschiedenes Bedürfniss zu solcher Benützung des Slaven musste spätestens in der Zeit eintreten, in welcher einmal

2) Jhering, Geist des röm. Rechtes II, § 46, Note 693.

das Gebiet der römischen Herrschaft und hiemit der täglichen Verkehrsbeziehungen sich über die engen Gränzen der Stadtmark auszudehnen begann, und in welcher weiterhin fast gleichen Schrittes Handel und Verkehr wenigstens neben der regelmässigen Beschäftigung mit dem Ackerbau auch für die römische Bürgerschaft Bedeutung gewonnen haben: also eben in der Zeit der späteren Könige oder frühzeitig unter der Republik. Desshalb ist es ganz erklärlich und der Annahme einer solchen Entwicklung nicht widersprechend, dass Plautus die Sklaven als zum Abschlusse von Rechtsgeschäften fähige Menschen ansieht und benützt — wie diess unter Anderem daraus hervorgeht, dass sowohl im *Pseudolus* (II. 2), als in der *Asinaria* (II. 4) Sklaven als Vermögensverwalter auftreten; aber auch aus manchen einzelnen Geschäften, welche Sklaven unbedenklich und mit Wirkung für den Herrn vornehmen.

vgl. z. B. *Rudens* (V. 3. vers. 28 u. 29); *Quod servo meo Promisisti, meum esse oportet* . . .

Für die Sklaven möchte hienach ein ziemlich sicheres Resultat vorliegen. Dagegen scheint es zunächst bedenklich, solches auf die Hauskinder zu übertragen. Denn sie stehen als *cives* und zwar als *comitienfähige cives* nicht den Sklaven, sondern den *patres familias* gleich; hiemit aber fallen nicht nur gewichtige Bedenken weg, die in ältester Zeit gegen die Fähigkeit der Sklaven sprechen mussten, sondern scheint auch ein Gesichtspunkt gegeben zu sein, unter dem die Erwerbsfähigkeit von Anfang an feststehen oder wenigstens frühzeitig zu selbstständiger Entwicklung kommen konnte. Auch liesse sich denken, dass die Fähigkeit zur Einsetzung in Testamenten, die von dem Augenblick an nicht fehlen konnte, in welchem auch ein mit Kindern begabter *paterfamilias* zu testiren vermochte, und die deshalb höchst wahrscheinlich weit älter ist, als die *testamenti factio* der *servi alieni*, zu eigener und unabhängiger Fixirung der rechtlichen Handlungsfähigkeit der *liberi* in *potestate* die Veranlassung gegeben hätte. Indessen möchten doch überwiegende Gründe auch hier für die Annahme derselben Gleichzeitlichkeit und Gleichheitlichkeit entscheiden, welche sonst in der Entwicklung und Ausbildung der vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder und der Sklaven nicht zu verkennen ist. Einmal gerade diese durch das ganze Familiengüterrecht des *jus civile* durchgehende

Gleichstellung; dann die Thatsache, dass die römische Jurisprudenz keinen Anstand nimmt, die Regel über die Ableitung der rechtlichen Erwerbsfähigkeit der gewaltunterworfenen Person aus der Person des Gewalthabers so zu verallgemeinern, dass sie auch die *liberi in potestate* mit umfasst;

L. 50. § 1. *hered. instit.* 28. 5 (Florentinus lib. 10. *Instit.*): *In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt.* Vgl. auch § 4. *J. her. qual.* 2. 19.; ausserdem *pr.* und § 1. *J. stip. serv.* 3. 19.

endlich der gleichmässige Ausschluss der in *jure cessio* für Hauskinder, wie für Sklaven.

Gajus II. 96; *Vat. fragm.* §. 51. (Paulus lib. I. *Manuale*). Vgl. den § 8.

Denn wie es jener Parallelismus der sonstigen Entwicklung von vornherein unwahrscheinlich macht, dass solche in dem hier in Frage stehenden Punkte auseinandergegangen sei: so zeigt speciell die angeführte L. 50. § 1, dass sich die römische Jurisprudenz eines solchen Unterschieds nicht bewusst war, und beweist die gleichmässige Unzulässigkeit der in *jure cessio*, dass der vollen Rechtsfähigkeit in *publicis causis*, die doch vor Allem auf die Prozessfähigkeit hätte zurückwirken müssen, in der hier fraglichen Richtung ein Einfluss nicht gestattet worden ist.

Der entgegenstehenden Bedenken unerachtet ist es also doch wohl richtiger, auch für die Hauskinder spätere Entwicklung der rechtlichen Handlungsfähigkeit und zwar ebenfalls im Zusammenhange mit den wachsenden Bedürfnissen des Verkehrs anzunehmen — was selbstverständlich nicht ausschliesst, dass die publicistische Rechtsfähigkeit der Kinder den Gang der Entwicklung überhaupt gefördert und beschleunigt haben mag und ganz damit übereinstimmt, dass auch die Haussöhne bei Plautus in vollem Gebrauche der Handlungs- und Erwerbsfähigkeit sind ³⁾.

vgl. z. B. *Mostellaria* III. 1. v. 136 fl.

3) Die im Texte erörterte Frage wird in der Regel nicht eingehend untersucht. Doch ist kein Zweifel, dass die neuere Jurisprudenz im Allgemeinen von der oben zurückgewiesenen Meinung ausgeht, vgl. Puchta in Richter's Jahrb. IV, 685 und *Institutionen* § 212 u. 219; von Scheurl,

§ 8. Die Fähigkeit der Hauskinder zu der Vornahme von Erwerbsgeschäften (die Ausnahmen).

II. Ist die Befähigung der Hauskinder zu der Vornahme erwerbender Rechtsgeschäfte ausnahmslos anerkannt?

Die Frage ist insofern zu verneinen, als die Hauskinder nach der ausdrücklichen Erklärung von

Gajus II. 96. In summa sciendum est, his, qui in potestate, manu, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse . . .

keine in jure cessio vornehmen können. Die Ausnahme beschränkt sich aber auch zunächst auf die in jure cessio; denn

§ 51 der Vat. fragm. (Paulus lib. I. Manual.) Adquiri nobis potest ususfructus et per eos quos in potestate manu mancipiove habemus . . . ; per in jure cessionem autem vel iudicio familiae herciscundae non potest; per mancipationem ita potest, ut nos proprietatem, quae illis mancipio data sit, deducto usufructu remancipemus.

erklärt sich aus der mangelnden Veräußerungs- beziehungsweise Klagefähigkeit der gewaltunterworfenen Personen, kann also keine selbstständige Beachtung beanspruchen. Es fragt sich aber, ob die Ausnahme der in jure cessio nicht zu einer allgemeineren Beschränkung der Fähigkeit nöthigt, namentlich etwa zu der Annahme, dass das Hauskind alle Geschäfte nicht vornehmen könne, die eigenes Vermögen voraussetzen ¹⁾. Diese Annahme wird gerade durch Gajus l. c. nahe genug gelegt, wenn er seine Bemerkung dahin motivirt: cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil suum (esse per se.?) in jure vindicare possint ²⁾.

Beiträge I, S. 234; Schwanert, Naturalobligation S. 300 ff.; Buchka, Stellvertretung S. 9; Mühlenbruch, Commentar XXXIX, S. 229 f.; Arndts Commentar XLVI, S. 442; Schirmer in der G.Z.N.F. XI, S. 419. Zweifelnd drückt sich dagegen aus Huschke, Z. f. geschichtl. R.Wiss. XIV, S. 181 und im Widerspruche mit der gewöhnlichen Meinung Vering, Erbrecht S. 250; Kuntze, Cursus der Instit. § 740.

1) So z. B. Puchta, Instit. § 219.

2) Ueber die Lesart vgl. die verschiedenen Ausgaben des Gajus, namentlich Böcking ed. 5a und Huschke, Jurispr. p. 155. Für die hier erörterte Frage scheinen die nicht bestimmt erkenntlichen Worte bedeutungslos zu sein.

Indessen kann der *filius familias* durch Mancipation erwerben, obwohl er auch hier ein *suum esse ex jure Quiritium* behaupten muss:

Gajus I. 119. vgl. mit Vat. fragm. § 51 (Paulus lib. 1. Manual. und Boëthius p. 321).

in dem formellen Zusammenhang des Aktes mit der Eigenthumsfähigkeit kann also der wirkliche Grund des Ausschlusses der in *jure cessio* nicht gelegen sein.

Aber auch die Erklärung aus der Unzulässigkeit der Stellvertretung im Legisaktionenprozeß (Gajus IV. 82.) hat insofern ihr Bedenkliches, als die *mancipatio* im Allgemeinen die Stellvertretung ebenfalls nicht erträgt (Gajus II. 95; Paulus V. 2 § 2); in der Zulassung der stellvertretenden *mancipatio* durch die *persona subjecta* (Gajus III. 167. vgl. oben unter I.) also nicht minder ein Verstoss gegen das formale Princip liegt, das die Vornahme der Rechtsgeschäfte durch die Interessenten selbst anordnet. Muss nun auch deshalb die Anknüpfung an die Unzulässigkeit der Stellvertretung noch nicht verworfen werden, so entsteht doch immerhin die weitere Frage: warum ist bei der in *jure cessio* nicht auch wie bei der *mancipatio* das Princip der Unzulässigkeit des Handelns auf fremden Namen zu Gunsten der Erwerbsacte der *personae subjectae* durchbrochen worden? Die Antwort wird sich nicht mit voller Sicherheit geben lassen: es kann darauf recurriert werden, dass der Legisaktionenprozess als Prozess eine mehr starre, mehr formelle, und weniger geschmeidige, weniger modificirbare Natur gehabt habe, als das reine, obgleich ebenfalls formelle Rechtsgeschäft. Es kann ferner das entschiedene Bedürfniss in's Auge gefasst werden, das bei der täglich vorkommenden *Mancipatio* auf die Ermöglichung der Vornahme durch *personae subjectae* hindrängte, während bei dem Anwendungsgebiete der in *jure cessio* das Bedürfniss zweifellos nicht so dringend war. Möglich ist aber auch, dass die in der mangelnden Prozessfähigkeit der Sklaven liegende Unthunlichkeit der Vornahme von in *jure cessiones* durch Sklaven die Entwicklung einer den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden freieren Gestaltung des Geschäftes hemmte. Und wenn richtig ist, was im § 22 zu beweisen versucht werden soll, dass aller Wahrscheinlichkeit nach in früherer Zeit auch die *filiifamilias* keine *persona standi in judicio* hatten, ist ohnedies ein unverwerflicher Grund wenigstens für den

anfänglichen Ausschluss der in jure cessio vorhanden. Dabei lässt sich weder gegen diesen letzten Grund, noch gegen die Berufung auf die Unzulässigkeit der Stellvertretung im Prozesse geltend machen, dass der Haussohn mit Vorwissen (voluntate) des Hausvaters vindicta manumittiren könne.

L. 7. manum. 40. 1. (Alfenus Varus lib. 7. Dig.); L. 16. e. t. (Modestinus lib. 1. Reg.) u. a. m.

Denn einmal scheint es kaum bestreitbar zu sein, dass die Manumissionsfähigkeit des filius familias späteren Rechts ist — Julian möchte die früheste in den Quellen angeführte Auctorität sein (L. 22. bonis lib. 38. 2; L. 4. pr. manum. vind. 40. 2; L. 15. § 1. qui et a quib. 40. 9.) — vielleicht mit der Slavengesetzgebung der ersten Kaiserzeit zusammenhängt. Wenigstens weist die Anknüpfung der Erörterung an die Worte: voluntate patris

vgl. namentlich L. 4. pr. manum. vind. 40. 2 (Julian. lib. 42.

Dig.) ... nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre manumississe. Auch L. 22. man. 40. 1.; L. 18. § 2. man. vind. 40. 2.; L. 15. § 1. qui et a quib. 40. 9; L. 16.

§ 5. L. 30. § 1. e. t.

auf einen festen und festgesetzten Ausgangspunkt hin. Weiterhin aber ist die Betheiligung des Veräusserers bei der in jure cessio nicht formeller Natur³⁾, also dem Anwendungsbedürfnisse gegenüber weniger spröde, als die solenne Handlung des Erwerbers.

Wie dem übrigens auch sei — jedenfalls beruht die Unfähigkeit des Hauskindes zur Vornahme der in jure cessio auf Gründen, die eine Verallgemeinerung derselben nicht gestatten, und wäre namentlich die Regel, dass das Hauskind solche Geschäfte nicht vornehmen könne, welche eigenes Vermögen, d. i. die Fähigkeit zu eigenem Vermögen voraussetzen, nicht richtig⁴⁾.

³⁾ So mit Recht von Scheurl in Jherings Jahrb. II, S. 7. Ob auch die von Scheurl gezogene Folgerung richtig ist, mag dahingestellt bleiben.

⁴⁾ Ueber den Grund des Ausschlusses der in jure cessio sprechen sich namentlich aus Savigny, System III, S. 93, Note d (die gewaltunterworfen Person habe die Worte: hanc rem meam esse ajo ex jure Quiritium, nicht aussprechen können); Keller, Civilprozess § 24 bei Note 288 (der filius familias habe nicht in eigenem Namen vindiziren können und die legis actio Stellvertretung nicht zugelassen, vgl. auch Jhering, Geist des röm. Rechtes II, § 46, Note 693, der bei dieser Gelegenheit die Differenz gegen-

§ 9. Die Fähigkeit der Hauskinder zu der Vornahme von Erwerbsgeschäften (die einzelnen Voraussetzungen der Fähigkeit).

III. Sind die Hauskinder im Allgemeinen fähig, rechtliche Erwerbsgeschäfte vorzunehmen, so ist hiemit noch nicht gesagt, dass das einzelne Hauskind das einzelne concrete Geschäft mit Erfolg vornehmen kann. Dieselben Gründe, welche den gewaltfreien Menschen zur Vornahme diesen oder jenen Geschäftes unfähig machen, können auch hier eintreten und sich geltend machen. Ist nun in dieser Beziehung für die Beantwortung der Frage: ob das Hauskind zur Vornahme des concreten Erwerbsgeschäftes fähig ist, die Person des Hauskindes oder des Gewalthabers massgebend? ¹⁾

1) Soweit es sich um die rechtliche Fähigkeit zur Theiligung bei einer bestimmten Kategorie von Rechtsgeschäften, z. B. um die Fähigkeit zur Bedenkung in letztwilligen Verfügungen (sogen. *testamenti factio passiva*) handelt, ist die Person des Gewalthabers massgebend. Diess steht nach den unter I (§ 7) mitgetheilten Stellen für die Slaven und bei ihnen sowohl für *testamenti factio* als *Stipulationsmacht*, also wohl für alle Kategorien von Rechtsacten unzweifelhaft fest; ist aber nach der Allgemeinheit, in welcher andere ebenfalls unter I. (§ 7) angeführten Stellen, namentlich

L. 50. § 1. *hered. instit.* 28. 5.

die Regel aufstellen, unbedenklich auch auf Hauskinder zu beziehen

§ 1, vgl. mit *pr. J. stip. serv.* 3. 18.

— jedenfalls dann, wenn mit der Ausführung unter I. (§ 7) eine parallellaufende Entwicklung der Erwerbsfähigkeit bei Hauskindern und Slaven angenommen wird.

Denn dass die Quellen im Allgemeinen die Regel nur bezüglich der Slaven erwähnen, hat seinen guten Grund darin, dass die

über der *mancipatio* betont); Degenkolb in der Z. für R.Gesch. IX, S. 125, Note 17 (fasst die Verschiedenheit der Behandlung zwischen *mancipatio* und *in jure cessio* ins Auge und erklärt solche einerseits durch das Verkehrsbedürfniss, andererseits durch die Möglichkeit *nomine domini* zu *mancipiren*).

1) Ueber die Erwerbsfähigkeit der Slaven: A. Schmidt, a. a. O. S. 14 f.

Gewalthaber der *liberi in potestate* immer und nothwendig *cives* sind, unter den *cives* selbst aber in classischer Zeit Unterschiede in der rechtlichen Handlungsfähigkeit, wie sie hier in Frage stehen, nicht vorkommen.

2) Die natürlichen Voraussetzungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit — Alter, Geistesgesundheit u. dgl. — werden durchaus aus der Person des Hauskindes beurtheilt.

L. 1. § 9. 10. *aq. poss.* 41. 2 (Paulus lib. 54. *ad Edict.*).

Vgl. auch L. 1. § 4. *peculio* 15. 1, u. a. m.

3) Es gibt Voraussetzungen der rechtlichen Fähigkeit zur Vornahme eines concreten Erwerbsgeschäftes, welche lediglich aus dem Zwecke des Geschäftes resultiren, also in Wirklichkeit Voraussetzungen des Rechtserwerbes, und nur desswegen, weil der Akt Erwerb bezweckt, auch Voraussetzungen der Fähigkeit zu der Vornahme des einzelnen Erwerbsactes sind. Dahin gehört z. B. der Besitz eines *praedium* Seitens Dessen, der eine *Realservitut* erwerben will, das Nichthaben der Sache Seitens Dessen, der solche erwerben beziehungsweise dem solche zugewendet werden will.

Auf diese Voraussetzungen wenden die Quellen weder bei Slaven, noch bei Hauskindern die unter Ziff. 1. hervorgehobenen Regel in ihrer dort constatirten Allgemeinheit an.

L. 82. § 2. *leg. II.* (Paulus lib. 10. *Quaest.*): *domini persona*

ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio.

Sie unterscheiden vielmehr — und zwar gleichmässig für Hauskinder und für Slaven —

L. 76. *pr.*, L. 38. § 6., L. 141. *pr. V. O.* 45. 1 (Paulus lib. 18. *ad Edict.*; Ulp. lib. 49. *ad Sabin.*, Gajus lib.

2. *Verb. Obl.*)

zwischen den verschiedenen Arten von Erwerbsgeschäften und zwar zunächst zwischen *stipulatio* und *legatum* ²⁾).

a) Bei der *Stipulatio* werden solche Voraussetzungen aus den Verhältnissen derjenigen Person beurtheilt, die zu der Zeit des

2) Schmidt, a. a. O. S. 20—24; über das Vermächtniss Mühlenbruch, *Commentar XXXIX*, S. 211 f. (woselbst sich namentlich eine eingehende Auslegung der L. 82. § 2. *leg. II.* findet) und Arndts im *Commentar XLVI*. S. 439 u. 440.

Stipulationsabschlusses Gewalthaber ist: so dass einer Seits der Mangel der betreffenden Voraussetzungen in den Verhältnissen der gewaltunterworfenen Person nicht schadet; anderer Seits aber auch das Vorhandensein derselben in der gewaltunterworfenen Person dem Mangel in der Person des Gewalthabers nicht abhilft.

Vat. fragm. § 56 (Paulus lib. 1. Man.). Vgl. auch L. 2. serv. leg. 33. 3 (Marcellus lib. 13. Dig.); L. 17. stip. serv. 45. 3 (Pomponius lib. 9. ad Sabinum); L. 19. serv. pr. rust. 8. 3. (Paulus lib. 6. ad Sabin.);

Hievon gibt es keine Ausnahme, insoferne die Stellen, welche scheinbar ihre Entscheidung auf die Verhältnisse der gewaltunterworfenen Person basiren, sich aus der Bestimmung des Inhaltes der Leistung, nämlich daraus erklären, dass Leistung gerade an die gewaltunterworfenen Person stipulirt ist, und für die Frage, ob diese Leistung möglich ist, selbstverständlich auf die Person, der solche gemacht werden muss, zu sehen ist. (Vgl. unten den § 12 Ziff. 1.)

L. 38. §§ 6—8. Verb. Obl. 45. 1 (Ulp. lib. 39. ad Sabinum); § 2. J. stip. serv.

Im Gegentheile bekräftigt diese Bestimmung die aufgestellte Regel: denn, wenn mehrfach ausgesprochen wird, dass von einer solchen Individualisirung der Leistung nur bei rein faktischen, nicht rechtsübertragenden Leistungen gesprochen werden könne:

Sed quum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur . . , § 2. J. cit.;

quia, quae facti sunt, non transeunt ad dominum . . L. 44. pr. cond. 35. 1 (Paulus lib. 9. ad Plautium). Vgl. ausserdem L. 38. § 6 cit.; L. 76. pr. L. 141. pr. V. O.; L. 38. stip. serv. 45. 3. (Pomponius lib. 5. ad Quint. Mucium).

so ist hiemit der Ausgangspunkt — dass für das Recht und dessen Erwerb nur die Verhältnisse des Gewalthabers massgebend seien —, offensichtlich festgehalten.

b) Bei Vermächtnissen ist im Gegentheile ausdrücklich ausgesprochen, dass in allen Beziehungen, ausser in Beziehung auf die testamenti factio im oben erörterten Sinne, die Gültigkeit des Vermächtnisses, negativ und positiv, aus den Verhältnissen der gewaltunterworfenen Person sich bestimme,

L. 82. § 2. leg. II, woselbst nach den oben ausgezogenen Worten fortgefahren wird:

ceterum ex persona servi constitit legatum.

eine Bestimmung, die in den Quellen mehrfach in ihre Folgesätze entwickelt wird, theilweise unter ausdrücklicher Hervorhebung des Gegensatzes zu den bezüglich der Stipulation getroffenen Entscheidungen:

L. 82. § 2. cit.; L. 5. cit.; L. 44. pr. cond. et dem.; Vat. fragm. § 56.; L. 17. § 1. leg. III. (*Maecianus lib. 2. fideic.*)³⁾

Fragt es sich, wie sich dieser Unterschied erkläre, so kann nicht ohne Weiteres auf den Willen des Testators, im Gegensatze zu dem Willen des Stipulators recurriert werden: weder darauf, dass der Testator die Aufhebung der Gewalt voraussetze und dem Gewaltfreigewordenen das Legat zuweisen wolle — denn unter dieser Voraussetzung könnte der dies cedens legati vor Lösung der Gewalt nicht eintreten, der Gewalthaber also das Legat nie erwerben (L. 5. § 7. quando dies 36. 2); und ebenso wenig wäre ein gültiges Vermächtniss zu Gunsten eines Slaven möglich, der nie freigelassen werden kann (L. 82. § 2. leg. II.) — noch darauf, dass der Testator, indem er die gewaltunterworfenen Person als Vermächtnisnehmer nennt, jede, auch die rechtliche Leistung individualisiren d. h. als Leistung an die gewaltunterworfenen Person festsetzen wolle, wie es der Stipulator thut, indem er ausdrücklich sich eine factische Leistung stipulirt — denn wenn diess auch den Erwerb des Legatenrechtes nicht hindern würde, so müsste doch die Leistung in solchem Falle ohne Rücksicht einer Seits auf etwaige Aenderungen in den Gewaltverhältnissen und anderer Seits auf den Inhalt der Leistung immer an die gewaltunterworfenen Person gemacht werden, würde also in Wirklichkeit nicht der dies cedens,

3) Die L. 17. § 1 cit. (*Servitus quoque servo praedium habenti recte legatur*) bedarf keiner Textänderung, wie solche Haloander, Mommsen u. A. gegen die Basiliken vorschlagen. Ihre Voraussetzung (*Servo praedium habenti*) und die getroffene Entscheidung harmoniren vielmehr völlig mit der oben auseinandergesetzten Regel — namentlich wenn beachtet wird, einmal, dass von dem praedium habere eines servus nur gesprochen werden kann, wenn er ein Peculium und in solchem ein Prädium hat und dann, dass die Peculien bei der Freilassung der Slaven regelmässig belassen werden.

sondern der dies *veniens legati* für den Erwerb des vermachten Werthes entscheidend sein, was mit den Quellen nicht übereinstimmt (vgl. z. B. L. 34. § 7. *quando dies* 36. 2).

Der Unterschied hängt vielmehr damit zusammen, dass die *Stipulation* alsbald mit dem Abschlusse ihre Rechtswirkung entfalten soll, und desshalb die Frage, ob sie eine Rechtswirkung haben kann, nothwendig nach dem Augenblicke ihres Abschlusses zu beurtheilen ist;

L. 144. § 1 R. J. 50. 17; L. 26 *stip. serv.* 45. 3. (Paulus lib. 62 ad *Edictum* und lib. 1. *Manual.*)

die letztwillige Verfügung dagegen den Rechtserwerb erst an dem späteren dies *cedens* zu bewirken bestimmt und geeignet ist. Aber freilich folgt hieraus die Beurtheilung der Voraussetzungen aus der gewaltunterworfenen Person nicht so einfach und unmittelbar, wie diess A. Schmidt anzunehmen scheint⁵⁾: denn an sich würde aus diesem Ausgangspunkte nur gefolgert werden können, dass die Frage nach der Gültigkeit der Vermächtnissverfügung zunächst unentschieden bleiben und je nach der Gestaltung der Verhältnisse an dem dies *cedens* beantwortet werden müsste (L. 82. *acq. her.* 29. 2). Es muss vielmehr zunächst an die *regula Catoniana* erinnert werden, die beweist, dass die römische Jurisprudenz die Voraussetzungen des Legatenerwerbes als Voraussetzungen der Vermächtnissverfügung auffassen zu müssen glaubt und desshalb die Frage, ob eine Vermächtnissverfügung ihrer Zeit Rechtswirkungen entfalten kann, nicht nach den Verhältnissen zu dieser Zeit (dies *cedens*, unter gewissen Voraussetzungen dies *veniens*) beantwortet, sondern nach den Verhältnissen zu der Zeit der Vermächtniss-Verfügung⁶⁾. Soll nun in Folge dieser Grundanschauung die

5) A. Schmidt, a. a. O. S. 22. »Mit der Testamenterrichtung werden Erbschaft und Legat niemals erworben, sondern .. das Legat mit der *cessio dei*«. Dem entsprechend gilt hier der Satz: »Alles, was nicht zur *testamenti factio* gehört, wird beurtheilt aus der Person des Slaven.«

6) Ueber die *regula Catoniana* vgl. Vangerow, Pand. II., Anm. zu § 540, woselbst übrigens zwischen Gültigkeit und Wirksamkeit der Vermächtnissverfügung, beziehungsweise zwischen dem Zustandekommen der Disposition und der Entstehung des Legatenrechtes nicht genügend unterschieden, desshalb auch das Verhältniss der Regel zu den zur Sprache kommenden allgemeineren Principien nicht ganz richtig festgestellt ist; ausser-

Wirksamkeit einer zu Gunsten einer *persona subjecta* getroffenen Verfügung unter dem Gesichtspunkte der Gültigkeit derselben, d. h. nach den Verhältnissen zu der Zeit der Errichtung derselben beurtheilt werden, so entsteht durch den möglichen Wechsel des berechtigten Subjektes eine Schwierigkeit, die bei Vermächtnissverfügungen an andere Personen nicht vorhanden ist. Um sie zu beseitigen, muss entweder von jenem möglichen Wechsel abgesehen, und nur die Person des gegenwärtigen Gewalthabers ins Auge gefasst werden, oder Das, was in dieser Beziehung wirklich sich gleich bleibt, nämlich die Individualität der gewaltunterworfenen Person, betont und für massgebend erklärt werden. Die römische Jurisprudenz entscheidet sich für Letzteres — indem sie der Fiction der *regula Catoniana* die Fiction an die Seite stellt: die gewaltunterworfenen Person sei gewaltfrei.

L. 82 § 2 leg. II.. Et ideo rectissime Julianus definit id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset.

L. 5 serv. leg. 33. 3 (Papinianus lib. 16 Quaest.) .. ea tamen quae servis relinquuntur ita valent, si liberis relicta possent valere ..

Fragt es sich aber, warum die Jurisprudenz diese Entscheidung getroffen habe, so mag einer Seits auf den späteren Eintritt der Rechtswirkungen der Vermächtnissverfügungen zurückverwiesen werden — diess macht es möglich, dass der jetzige Gewalthaber an dem in Wirklichkeit entscheidenden Zeitpunkte nicht mehr Gewalthaber, unter Umständen dagegen die gewaltunterworfenen Person wirklich gewaltfrei ist — anderer Seits auf den Willen des Testators, der zwar das Gewaltverhältniss nicht zu beseitigen, die gewaltunterworfenen Person nicht zum Subjekte des Legatenrechtes, die auf Rechtsübertragung gerichtete Leistung nicht zur individualisirten faktischen Leistung zu machen vermag, der aber doch immerhin als diejenige Person, der der betreffende Vortheil so weit möglich zukommen soll, gerade die *persona subjecta* bezeichnet.

Ist diese Erklärung richtig, so liegt auf der Hand, dass der

dem die bei Vangerow weiter angeführten Schriftsteller; dazu Brinz, Pand., S. 873.

für Stipulationen aufgestellte Satz die Regel, die für Vermächnisse getroffene Bestimmung eine der Ausdehnung nicht fähige Ausnahme bildet: dass also im Allgemeinen die Erwerbsfähigkeit, soweit sie einen Bestandtheil der Handlungsfähigkeit bildet, aus der Person des Gewalthabers zu beurtheilen ist.

4) Soweit die Erwerbsfähigkeit keinen Bestandtheil der Handlungsfähigkeit bildet, ist sie ausnahmslos aus der Person des Erwerbers zu beurtheilen. Diess führt bei dem Erwerbe durch Stipulationen und ähnlichen Rechtsgeschäften (einschliesslich der bedingten: vgl. L. 26 stip. serv. 45. 3) zwar ebenfalls dazu, dass lediglich die Person des präsenten Gewalthabers ins Auge gefasst wird:

L. 130 V. O. 45. 1 (Paulus lib. 15. Quaest.) ... immo et quod in suam personam conferre non potest, hoc patri acquirit; und dazu als Anwendungsfall § 13 J. inut. stip. 3. 19 vgl. mit § 57 Vat. fragm. und L. 45 § 1 V. O. (stipulatio post mortem parentis u. post mortem filii).

Bei Erwerbungen aus letztwilligen Verfügungen dagegen ist in Anwendung dieses Satzes möglicher Weise eine andere Individualität zu beachten, als diejenige, die nach dem die Handlungsfähigkeit bestimmenden Prinzipie massgebend ist.

L. 82 acq. her. 29. 2 (Terentius Clemens lib. 16 ad leg. Jul. et Pap.).

Schliesslich mag noch bemerkt werden, dass in Beziehung auf die Zeitpunkte, in welchen die Handlungs- beziehungsweise Erwerbsfähigkeit vorhanden sein muss, also namentlich in Beziehung auf die Zeit, in welcher die passive testamenti factio zutreffen muss, dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, welche die entsprechenden Handlungen und Erwerbungen gewaltfreier Personen normiren ⁷⁾.

L. 50 § 1 her. inst. 28. 5 (Florentinus lib. 10. Inst.);
L. 6 § 2 e. t. (Ulp. lib. 4 ad Sab.); L. 82 acq. her. 29. 2.

7) A. Schmidt, a. a. O. S. 22, Note 47.

§ 10. Das Objekt des Erwerbes (im Allgemeinen und speziell der Erwerb des Besitzes).

In Folge einer Seits der Vermögensunfähigkeit und anderer Seits der Erwerbsfähigkeit der Hauskinder werden durch die Erwerbsakte der letztern den Hausvätern alle Werthe und Rechte verschafft, auf welche sich diese Erwerbsakte zu beziehen vermögen, d. h. alle Werthe und Rechte, welche eine gewaltfreie Person durch ihre eigenen Erwerbsakte sich verschaffen kann ¹⁾.

Diess ergibt sich aus den allgemeinen Aussprüchen, welche im § 7 angeführt sind (Gajus II. 87 u. s. w.); aus der Zulassung der verschiedensten und auf die verschiedensten Vermögensrechte sich beziehenden Erwerbsakte (vgl. auch hierüber den § 7); endlich direkt aus den Stellen, welche die einzelnen Vermögensrechte den Gewalthabern durch Handlungen der gewaltunterworfenen Personen erworben werden lassen: so das Eigenthum

L. 10. pr. — § 2 acq. dom. 41. 1 (Gajus lib. 2 Inst.); L. 63 pr. e. t. (Tryphon. lib. 7 Disp.) u. a. m.

den Besitz

Gajus II. 89 (L. 10 § 2 acq. dom.); L. 1 § 5 aq. poss. 41. 2 (Paulus lib. 54 ad Edict.) u. a. m.

die verschiedenartigsten Forderungsrechte

L. 40 stip. serv. 45. 3 (Pomponius lib. 33 ad Quintum Mucium); L. 15 e. t. (Florentinus lib. 8 Inst.); § 3 J. e. t. u. a. m.

die Klagerechte

L. 78 V. O. 45. 1 (Paulus lib. 62 ad Edict.) u. a. m.

die Einrederechte

L. 17 § 7 — L. 21 pr. pactis 2. 14 (Paulus lib. 3 ad Edictum und Gajus lib. 1 ad Ed. prov.)

die Realservituten

L. 2 serv. leg. 33. 3 (Marcellus lib. 13 Disp.); L. 17 § 1 leg. III. u. a. m.

1) Zimmermann, Römische Rechtsgeschichte II. § 185 und namentlich A. Schmidt, in der zu dem vorigen Paragraphen angeführten Schrift S. 14—59.

die Personalservituten

Fragm. Vat. §§ 51 u. 57 (Paulus lib. 1 Manual.); L. 6 § 2 usufr. 7. 1 (Gajus lib. 7 ad Ed. prov.); L. 12 § 5 usu 7. 8 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum); L. 17 e. t. (Africanus lib. 5 Quaest.)

ferner die eine das darstellenden Rechte und Werthe

L. 22 § 12 sol. mat. 24. 3 u. a. m. (vgl. hierüber unten § 33 flg.)

endlich hereditates

Gajus II 87 (L. 10 § 1 aq. dom.; § 3. J. per quas pers. 2. 9); Ulp. XIX. 18 u. a. m.

Es sind also Rechte wie thatsächliche aber rechtlich geschützte Verhältnisse, einzelne Rechte wie Complexe von Rechten und Werthen, dingliche wie persönliche, vererbliche und veräußerliche wie höchstpersönliche Rechte, dem jus gentium wie dem jus civile angehörende Befugnisse, welche durch die Erwerbsakte der Hauskinder den Hausvätern erworben werden.

Ist hiedurch der an die Spitze gestellte Satz bewiesen, so bedarf derselbe doch bei einzelnen der genannten Rechte und Rechtsverhältnisse noch einer näheren Bestimmung und Begründung.

I. Bei dem Besitze (possessio)

bereitet die thatsächliche Natur des rechtlich geschützten Verhältnisses Schwierigkeiten und zwar nach mehreren Richtungen hin.

1) Ausgehend von der rein thatsächlichen Natur des Besitzes und seiner beiden Elemente (corpus und animus) könnte es scheinen, als ob die gewaltunterworfenen Person selbst als Besitzer zu betrachten wäre. Denn sowohl die thatsächliche Innehabung der Sache (corpus), als der Wille, solche für sich zu haben (animus) können, wenn sie lediglich als thatsächliche Momente betrachtet werden, in der gewaltunterworfenen Person so gut zutreffen, als in der gewaltfreien. Das römische Recht weist indessen diese Annahme mit Bestimmtheit zurück:

L. 49 § 1 aq. poss. 41. 2 (Papinianus lib. 2 Quaest.) Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt vgl. L. 30 § 3 e. t. (Paulus lib. 15 ad Sab.); L. 38 § 6 V. O. 45. 1 (Ulp. lib. 49 ad Edictum)

wie Papinian begründend anfügt:

quia possessio non tantum corporis sed et juris est,
d. h. weil das thatsächliche Verhältniss durch den gewährten Rechtsschutz zu einem rechtlich geschützten, zu einem Rechtsverhältnisse wird, also auch in einer Person nicht anerkannt werden kann, die eigenen Rechtes nicht fähig ist ²⁾).

Dieser Grund des Besitzerwerbes, der in voller Uebereinstimmung ist einer Seits mit dem Prinzipie, welches den Erwerb des Gewalthabers durch die gewaltunterworfenen Person bestimmt, anderer Seits mit dem Wesen des Besitzes und Besitzesschutzes, scheint nun freilich durch eine andere Entscheidung und deren Begründung bei Seite geschoben zu werden: nämlich durch die Bestimmung, dass ein gewaltfreier Mensch, der als Slave besessen wird, nicht besitzen könne, und durch die Begründung dieses Satzes:

quia nec possidere intellegitur, qui ipse possideatur. L. 54.

§ 4 acq. dom. 41. 1 (Modestinus lib. 31 ad Quint. Muc.)

vgl. auch L. 1 § 6 acq. poss.; L. 118 R. J. (Ulp. lib. 12 ad Edictum).

Denn ein solcher liber homo, qui in servitute est, ist keineswegs rechts- oder auch nur vermögensunfähig;

Gajus II. 92 (L. 10 § 4 acq. dom.) Ulp. XIX. 21 u. a. m. und es weist auch der angegebene Grund, wenn überhaupt auf einen allgemeineren Gedanken, nicht auf eine solche Unfähigkeit, sondern darauf hin, dass das Bestehen eines faktischen Abhängigkeitsverhältnisses den juristischen Besitz in der Person des Detentor

2) Savigny, Das Recht des Besitzes (7. Auflage), S. 126 f., sieht den Grund der Besitzunfähigkeit der Slaven und Hauskinder in deren Rechtsbeziehungsweise Vermögensunfähigkeit, den der Besitzunfähigkeit der liberi, qui in servitute sunt, dagegen darin, dass zwar nicht zu dem Haben, wohl aber zu der Ausübung des Eigenthumes Handlungsfreiheit nothwendig sei. Jhering in seinem Jahrb. IX, S. 14 f., 127 f. betont speciell den Mangel der Eigenthumsfähigkeit, unter Zurückweisung der Begründung auf das persönliche Abhängigkeitsverhältniss, beziehungsweise auf Mängel im Besitzeswillen — ohne übrigens die Besitzunfähigkeit der in Slaverei befindlichen Freien zu erwähnen. Letztere berührt dagegen Cujacius (Op. Omn. V, 697 u. 698) und erklärt solche daraus, dass, wer im Besitze eines Anderen sei, den animus domini nicht haben könne. So, wie es scheint, auch Schirmer, G.Z. N. F. XI, 409 f., in wenig klarer Ausführung. vgl. im Allgemeinen Puchta, Pandekten § 127; Arndts Pandekten § 137; Windscheid, Pandekten § 152. Z. 1.

unmöglich mache. Indessen auf welche Weise soll das faktische Abhängigkeitsverhältniss auf den Besitz Einfluss gewinnen? Die Möglichkeit der physischen Detention wird durch dasselbe nicht ausgeschlossen, und dass es den *animus possidendi* nicht unmöglich macht, beweisen die Entscheidungen Papinian's in

L. 44 §§ 4 u. 7 *usuc. 41. 3* (Papinianus lib. 23 *Quaest.*) nach welchen der *animus possidendi* durch die irrthümliche Meinung, der väterlichen Gewalt noch unterworfen zu sein, nicht alterirt wird. Hiezu kommt, dass auch derjenige Slave besitzunfähig ist, der in Niemandens Besitz, ja selbst derjenige, der in Niemandens *potestas* ist;

L. 25 § 2 *liberali causa 40. 12* (Gajus ad *Edict. Praet. urb. tit. de lib. causa*); L. 31 § 2 *usuc. 41. 3* (Paulus lib. 32 ad *Sabin.*)

dass ferner bei der *patria potestas*, überhaupt bei den familienrechtlichen Gewalten, das thatsächliche Abhängigkeitsverhältniss vom Rechte ganz allgemein für bedeutungslos erklärt wird — sowohl durch Ausschluss einer *possessio* an der gewaltunterworfenen Person,

L. 1 § 8 *acq. poss.*; Gajus II. 90

als durch die Nichtberücksichtigung des thatsächlichen Bestehens eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses über die in Wirklichkeit gewaltfreie Person;

L. 44 *pr. usuc. 41. 3*

und endlich dass den Besitzerwerb des Hausvaters durch das Hauskind der Zustand faktischer Slaverei, in welchem sich letzteres einem Dritten gegenüber befindet, nicht zu hindern vermag.

L. 4 *acq. poss. (Ulp. lib. 67 ad Edict.)*

Ueberdiess lässt sich sowohl jene Entscheidung als ihre Begründung auf eine Weise erklären, welche das *Recurriren* auf allgemeinere Prinzipien unnöthig und unmöglich macht — sobald man nur mit Papinian davon ausgeht, dass der Erwerb des gutgläubigen faktischen Gewalthabers durch den *liber homo* eine aus Verkehrsrücksichten eingeführte Singularität ist.

L. 44 *pr. l. c.*: *Iusto errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non jure intervenisset: eum ex re mea quaerere mihi non existimo.*

non enim constitutum est in hoc, quod in homine libero qui bona fide servit placuit: ibi propter assiduam et quotidianam comparationem servorum ita constitui, publice interfuit . . .

Strebte nämlich die Jurisprudenz ein solches Resultat an, so lag es nahe genug, auf den für die ältere Zeit feststehenden Satz zu recurriren, dass Besitz durch den Sklaven nur erworben werde, wenn solcher seiner Seits von dem dominus besessen werde³⁾;

L. 21 pr. aq. dom. 41. 1 (Pomponius lib. 11 ad Sab. unter Berufung auf Proculus); vgl. auch L. 1 § 14, 15, 22 acq. poss. (Paulus, unter Bezugnahme auf Nerva filius und Julianus)

und daraus, dass eine Person im Besitze einer andern ist, umgekehrt den Erwerb der letzteren durch die erstere zu schliessen, also den Grund davon, dass erstere nicht für sich selbst erwirbt, darin zu sehen, dass sie von letzterer besessen werde. Späterhin mag dann — sei es durch Anschluss der Doctrin an einen Satz, der sich zunächst für den Usufructuar gebildet hat (hiefür Gajus II. 92 vgl. mit 91), sei es durch Eingreifen der kaiserlichen Gesetzgebung (L. 44 pr. l. c.) — das Recurriren auf jene Anschauung für die Bestimmung des Rechtserwerbes überflüssig, und durch die Rücksichtnahme auf die materielle Grundlage des Erwerbes (ex re possessoris und ex operis servi) verdrängt worden sein. Für den Besitzserwerb dagegen konnte der Satz, wie er sich einmal festgestellt hatte, um so unbedenklicher bestehen bleiben, je weniger das Bedürfniss eines selbstständigen Besitzeschutzes für den, qui in servitute moratur, während dieser faktischen Unfreiheit vorhanden sein musste. Nur in Beziehung auf die Ersitzung war das Festhalten an dem älteren Satze neben dem den Erwerb beschränkenden neueren Principe bedenklich; aber dass dieses Bedenken gefühlt wurde, zeigt die zweifelnde Ausdrucksweise des

L. 54 § 4 acq. dom. . . . quod vix est, ut liber homo possidendo usucapere possit. . .

2) Wenn es nach dem unter 1) Ausgeführten die rechtliche

3) Hierüber sind namentlich zu vergleichen die Untersuchungen von A. Schmidt, a. a. O. S. 18, 25—33.

Natur des geschützten Besitzes ist, welche den Erwerb desselben durch das Hauskind für den Hausvater zur Folge hat: müssen nicht nothwendig die beiden Elemente des Besitzes in der Person des Hauskindes zutreffen, damit solcher dem Hausvater erworben ist? Nach den Quellen ist diess nur mit dem ex causa peculiari erfolgenden Besitzerwerbe so und zwar aus Gründen, die mit der Bedeutung und rechtlichen Natur des Peculium zusammenhängen ⁴⁾: bei allem übrigen durch personae subjectae vermittelten Besitzerwerbe dagegen macht sich die faktische Natur des Besitzes insoweit geltend, dass die Elemente des Besitzes in der Person des Gewalthabers zutreffen müssen, und nicht weiter aus der gewaltunterworfenen Person entnommen werden dürfen, als diess auch bei Besitzerwerb durch freie Stellvertreter zulässig ist. Doch gilt diess nur im Allgemeinen und nicht ohne wichtige Verschiedenheiten.

a) Dass die Elemente des Besitzes in der Person des Gewalthabers zutreffen müssen, tritt hervor in dem mehrfach wiederholten und bestimmt ausgesprochenen Satze, dass nur ex causa peculiari dem Gewalthaber ohne Wissen und Wollen (ignoranti) erworben werde:

L. 1 § 5, L. 3 § 12 acq. poss. 41. 2; L. 31 § 3 und L. 47 usuc. 41. 3 (Paulus lib. 54 ad Edict.; lib. 32 ad Sabinum; lib. 3 ad Neratium); L. 24 acq. poss. (Javolenus lib. 14 Epistolarum); L. 44 § 1 e. t. (Papinianus lib. 23 Quaest.)

denn so sehr auch in dem verlangten Wissen und Wollen der Besitzeswille sich abzuschwächen und die für letzteren an sich erforderliche Beziehung auf die individuelle Sache abzustreifen vermag ⁵⁾: dass überhaupt Wissen und Wollen des Gewalthabers verlangt wird, beweist doch immerhin, dass der Besitz nicht wie die eigentlichen Rechte einfach durch die Einwirkung der Gewalt statt für die gewaltunterworfenen Person für den Gewalthaber entsteht, vielmehr in der Person des Gewalthabers zur Entstehung kommen

4) Hierüber vgl. das 2. Buch und vorläufig Mein Wesen und Begriff des peculium S. 46 f.

5) Bremer in der G.Z. N.F. XI, S. 211 ff.; Brinz, Pandekten S. 67 ff.; Rudorff in der 7. Ausg. von Savigny's Besitz S. 669; Windscheid, Pand. § 154. Note 9.

muss. Denn diesen Willensentschluss mit einer Ermächtigung oder Vollmachtsertheilung in Zusammenhang zu bringen, geht hier schon desswegen nicht an, weil bei Besitzerwerb durch gewaltunterworfenen Personen, anders als bei dem Besitzerwerbe durch freie Stellvertreter, das juristische Verhältniss zwischen Detentor und Possessor nicht erst zu begründen ist ⁶⁾.

b) Theils eine Bestätigung desselben Gedankens theils eine Einwirkung des Gewaltverhältnisses ist in den Bestimmungen über den *animus possidendi* der gewaltunterworfenen Person zu sehen. Die gewaltunterworfenen Person muss nämlich, soll der Besitz dem Gewalthaber erworben werden, ähnlich wie der freie Stellvertreter, einen gewissen *animus possidendi* haben. Aber freilich stehen hier der Wille für den Gewalthaber zu besitzen und der Wille für sich zu haben, sich gleich: so dass der Besitz dem Gewalthaber erworben wird, sobald nur die gewaltunterworfenen Person nicht für einen Dritten besitzen will ⁷⁾. Diess und nur diess sagt

L. 1 § 19 *acq. poss.* mit den Worten: *Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem:*

wenn einmal beachtet wird, dass das

nolle tibi, sed potius Titio acquirere

den Gegensatz bildet und wenn weiterhin der folgende § 20 verglichen wird, der für den *procurator* gerade das *suo nomine acquirere* im Gegensatze zu dem *operam dumtaxat suam praestare* betont. Es kann aber diese Bestimmung des Besitzeswillens auch desswegen nicht beanstandet werden, weil sich nur aus ihr der Satz erklärt, dass die gewaltunterworfenen Person dem Gewalthaber den Besitz nicht zu entziehen vermag, indem sie die in dessen Besitze befindliche Sache sich selbst nachträglich aneignen will ⁸⁾.

L. 15 *acq. poss.* 41. 2 (*Gajus lib. 26 ad Edict. prov.*); L. 40

6) Diess wird in der Regel nicht genügend beachtet, vgl. z. B. Savigny, a. a. O. S. 308 fl.

7) A. M. wie es scheint, Savigny, a. a. O. S. 306. Note 2; Windscheid § 155. Note 4; richtig Bremer in der G.Z. N.F. XI. 250 und Schirmer a. d. O. S. 410.

8) A. Schmidt, a. a. O. S. 28 f.; vgl. auch Lenz, Das Recht des Besitzes, S. 279.

pr. e. t. (Africanus lib. 7 Quaest.); L. 33 § 6 usurp. 41. 3
(Julianus lib. 44 Digestorum).

Dass die Gleichstellung des Willens, für sich zu haben, mit dem Willen, für den Gewalthaber zu detiniren, eine Folge des Gewaltverhältnisses ist, liegt auf der Hand; ebenso, dass sie den Besitzerwerb durch gewaltunterworfenen Personen von dem Besitzererbe durch freie Stellvertreter scharf scheidet. Die Ursache dieser Einwirkung des Gewaltverhältnisses aber kann wiederum nur darin gefunden werden, dass der Besitz eine *res juris* ist und als solche der gewaltunterworfenen Person nicht zustehen kann. Denn hieraus ergibt sich, dass der Wille der gewaltunterworfenen Person, für sich zu haben, entweder bedeutungslos sein oder dem Willen, für den Gewalthaber zu erwerben, gleichstehen muss: und wie sehr Ersteres aus praktischen Gründen der römischen Jurisprudenz widerstrebt, zeigen

L. 1 § 4 und § 20 acq. poss. und andere Stellen mehr.

Andere Anknüpfungspunkte aber, an die sich denken liesse, wollen nicht ausreichen. So wenn die Gleichstellung der betreffenden Entschlüsse unmittelbar auf die Gewalt und die in ihr enthaltene Willensherrschaft zurückgeführt werden will: denn hiemit steht nicht im Einklange, dass die gewaltunterworfenen Person durch den Willen, einem Dritten zu erwerben, den Besitzerwerb für den Gewalthaber so unzweifelhaft zu hindern vermag, als der freie Stellvertreter.

L. 1 § 19 vgl. mit § 20 acq. poss.

So wenn nach der Theorie Jherings der Eigenthumserwerb des Hausvaters auch für den Erwerb des Besitzes unmittelbar als massgebend angesehen werden wollte: denn Eigenthum wird auch *extra causam peculiarem* von der gewaltunterworfenen Person ohne Wissen und Willen des Gewalthabers für solchen erworben und doch beschränkt sich der Besitzerwerb *ignorante paterfamilias* auf den *Peculiarerwerb*.

§ 11. Das Objekt des Erwerbes (Personalservituten).

II. Bei den Personalservituten

liegen die Schwierigkeiten in der aussergewöhnlichen Persönlichkeit dieser Rechte (Brinz Pandekten S. 246), wie solche theils

— diess allgemein — in deren Unvererblichkeit und Unveräusserlichkeit, theils — diess wenigstens bei dem Usus — in der Gestaltung des Rechtsinhaltes hervortritt. Diese Persönlichkeit scheint nämlich die Nöthigung mit sich zu bringen, dass entweder die gewaltunterworfenene Person als Rechtssubjekt anerkannt oder die Dauer des dem Gewalthaber zustehenden Rechtes beziehungsweise dessen Inhalt nach der gewaltunterworfenen Person bestimmt, oder endlich der Erwerbsakt selbst als ungültig behandelt wird.

Nur dann, wenn das Princip des Erwerbes durch die gewaltunterworfenene Person nicht allein in den Vordergrund gestellt, sondern auch in solcher Schärfe aufgefasst wird, dass die gewaltunterworfenene Person lediglich Erwerbswerkzeug ist, können alle diese Folgerungen abgelehnt und kann der Erwerb der angeführten Rechte durch die *personae subjectae* dem Erwerbe sonstiger Rechte gleichgestellt werden. Diess ist denn auch in der Hauptsache die schliessliche Anschauung des römischen Rechtes; aber sie ist nicht herrschend geworden, ohne dass entgegengesetzte Auffassungen zu überwinden gewesen wären.

1) Erwerbsakte der gewaltunterworfenen Personen, die sich auf die beiden Personalservituten beziehen ¹⁾, können von den gewaltunterworfenen Personen gültig und mit der gewöhnlichen Rechtswirkung, d. h. mit der Wirkung des Rechtserwerbes Seitens des Gewalthabers vorgenommen werden.

Diess wird bezüglich des Niessbrauches mit Bestimmtheit hervorgehoben:

L. 6. § 2 usufr. 7. 1 (Gajus lib. 7 ad Ed. prov.) und Vat. fragm. § 51 (Paulus lib. 1 Manual.).

Bei dem usus dagegen zeigt

Africanus in L. 17 usu 7. 8: *Filio familias vel servo aedium usu legato et utile legatum esse existimo et eodem modo*

1) Dass die Vornahme des hauptsächlichsten Erwerbsaktes, nämlich der in jure cessio, unstatthaft ist, ist in § 7 II. angeführt und zu erklären versucht worden. Da die Gründe in der Form des Geschäftes zu suchen sind, ist hier auf diese Unstatthaftigkeit nicht weiter Rücksicht zu nehmen. Eben desshalb ist auch die These Jherings II, § 46 bei Note 693 f. (»Personen in der Gewalt können ihrem Herrn durch Rechtsgeschäft keine Personal- und Urbanal-, wohl aber Rusticalservituten erwerben«), obgleich in der Hauptsache nicht irrig (vgl. aber Vat. fragm. § 51 am Schlusse), doch irreführend.

persecutionem ejus competituram, quo competeret, si fructus quoque legatus esset..

dass die Gültigkeit der Vermächtnissverfügung, die einer gewaltunterworfenen Person einen Usus zuwendet, noch zu Africans Zeiten nicht feststeht, und durch die Berufung auf die Gültigkeit und den Durchführungsmodus des entsprechenden legatum ususfructus gerechtfertigt werden muss.

Dieser letztere Umstand, namentlich aber die Bestimmung, dass ususfructus und usus durch capitis deminutio minima erlöschen (Gajus III. 83 u. a. m.), legt die Vermuthung nahe, dass im ältesten Rechte die beiden Personalservituten dem Gewalthaber durch gewaltunterworfenen Personen nicht haben erworben werden können, und dass erst allmählig und zwar bei dem Ususfructus früher und entschiedener als bei dem Usus das praktische Bedürfniss zu der Zulassung dieses Erwerbes geführt hat.

vgl. das Nähere über den Hauptgrund in § 21 II. 3.

2) Nicht blos bei dem ususfructus, sondern auch bei dem usus steht fest, dass das Recht selbst dem Gewalthaber erworben wird, dieser der Berechtigte ist.

vgl. ausser den citirten Stellen für den ususfructus: L. 5 § 7 quando dies. 36. 2; L. 1 § 1 u. 2 usufr. accresc. 7, 2; Vat. fragm. §§ 76, 82 (Ulp. lib. 17 u. 20 ad Sabinum); für den usus: L. 12 § 5 usu 7. 8 (Ulp. lib. 17 ad Sab.).

Diess hindert an sich nicht, dass in materieller Beziehung, namentlich für die Beantwortung der Frage nach der Dauer des Rechtes, die Individualität der gewaltunterworfenen Person als massgebend betrachtet, oder — um mit den Worten der röm. Juristen zu reden — dass die Servitut ex persona servi vel filii familias, statt ex persona domini vel patris beurtheilt wird. Ob und in welchem Umfange diess in Wirklichkeit geschehen ist, ist indess aus den erhaltenen Resten der Juristenschriften mit irgend welcher Bestimmtheit nicht zu entnehmen²⁾. Denn der § 57 der fragm. Vat. (Paulus lib. 1 Manualium) ist wohl von Tod und Veräusse-

2) Einige Bemerkungen hierüber finden sich bei Donellus, Comm. X. 17 c. 14 f., 19 c. 8 fl. (Op. Omn. III, p. 157 sq., 173 sq.); Glück, Commentar IX, 323 f.; Savigny, System II, S. 74; von Scheurl, Beiträge I, S. 243 f.; Fitting, Castr. Pecul. S. 189. Note 7.

nung der Slaven ante diem cedentem zu verstehen (vgl. namentlich §§ 55 u. 56); in anderen Stellen aber (Vat. fragm. §§ 75, 82; L. 1. § 1 usufr. accresc. 7. 2; L. 18. und 19. quib. mod. 7. 4.) sind nur Andeutungen enthalten, die für sich allein kaum einen Aufschluss über die betreffenden Fragen geben können. Dagegen macht Justinian eine geschichtliche Bemerkung, deren Richtigkeit nicht zu beanstanden ist, wenn solche auch über Abgränzung und Begründung der referirten Ansichten Zweifel lässt beziehungsweise keine Aufklärung gibt. In den zu den L. Decisiones gehörenden

L. 15 u. 17 C. usufr. 3, 33.

wird nämlich einer doppelten Controverse der classischen Jurisprudenz erwähnt: einmal über die Frage, ob der theilweise Verlust des Eigenthumes an einem Slaven, durch den der Herr einen Niessbrauch erworben habe, das vollständige oder das proportionelle Erlöschen dieses Niessbrauches zur Folge oder keine Einwirkung auf den Fortbestand desselben habe; und dann, über die Frage, ob Tod, capitis deminutio, Emancipation des Haussohnes, beziehungsweise Tod, Veräusserung oder Freilassung des Slaven, durch welchen ein Niessbrauch erworben worden, diesen Niessbrauch dem Hausvater beziehungsweise Gewalthaber entziehe. In welcher verschiedenen Weise die letztere Frage, die allein von prinzipieller Bedeutung ist, von der römischen Jurisprudenz beantwortet worden ist, ist in L. 17 direkt nicht gesagt, lässt sich aber aus der angeführten L. 15 dahin entnehmen, dass die Einen diesen Ereignissen keinen Einfluss auf den Fortbestand des Niessbrauches einräumten,

vgl. auch L. 19 quib. mod. ususfr. 7. 4 (Gajus lib. 7 ad Edictum prov.).

die Andern dagegen den Niessbrauch ex persona servi beurtheilten und desshalb erlöschen liessen ³⁾).

3) Nach den vorliegenden Anhaltspunkten lässt sich die Controverse nicht wohl als Controverse zwischen den zwei Juristenschulen auffassen, scheint vielmehr zunächst innerhalb der sabinianischen Schule bestanden zu haben (vgl. namentlich fragm. Vat. § 75; auch L. 17 C. cit. im Anfange). Auch ist bemerkenswerth, dass Julian, der in dieser Controverse von der persona domini ausgeht, in anderer Beziehung gerade die persona servi betont (Vat. fragm. § 75; L. 1. § 1. usufr. acc. 7. 2).

vgl. auch L. 18 e. t. und L. 18 R. J. (Pomponius lib. 3 u. 6 ad Sabinum) und Vat. fragm. § 75 (ego autem — Ulpianus — Juliani sententiam non ratione adcrendi probandam puto, sed eo, quod quamdiu servus⁴⁾ est, cujus persona in legato spectatur, non debet perire portio).

Dass eine dritte Ansicht den Niessbrauch in denjenigen Fällen, in denen die persona subjecta nicht gewaltfrei wird (alienatio, adoptio), in der Person des neuen Gewalthabers ganz oder theilweise neu hätte entstehen lassen, erhellt nirgends, wird vielmehr durch L. 15 C. cit. mit ziemlicher Bestimmtheit widerlegt.

L. 5 § 7 quando dies 36. 2 (Ulp. lib. 20 ad Sab.).

Weitere Einsicht gewährt nun freilich die justinianeische Relation nicht: namentlich nicht in Beziehung auf die zu Grunde liegenden Differenzen in der prinzipiellen Auffassung der betreffenden Rechte, beziehungsweise des Erwerbes durch personae subjectae. Es liesse sich an verschiedene Auslegung des letzten Willens denken, der die Constituirung des Ususfructus zur Folge hat:

L. 42 cond. 35. 1 (Africanus lib. 2 Quaest.); vielleicht auch fragm. Vat. § 82.

Allein nach den Codexstellen scheint die Controverse keineswegs auf das legatum ususfructus beschränkt gewesen zu sein. Ueberdiess aber hätte die Auffassung des ususfructus filio legatus als eines ususfructus patri legatus dazu führen müssen, dass auch ante diem cedentem eintretende Aenderungen bedeutungslos geblieben wären, während doch nach den Quellen, und zwar ohne ersichtliche Differenz, das Gegentheil feststeht.

Fragm. Vat. § 57; L. 5 § 7 quando dies 36. 2.

Der Anlehnung an den Satz

ususfructus cottidie constituitur (L. 1 § 3 usuf. accr. 7. 2) steht entgegen, dass die Consequenz desselben nicht zum einfachen Erlöschen des Niessbrauches, sondern zugleich zu einem Wiederaufleben in der Person des neuen Gewalthabers beziehungsweise in der gewaltfrei gewordenen Person führen müsste. So bleibt nur die Annahme übrig, dass die Einen, trotz der Berechtigung des

4) »Ejus« schaltet hier Huschke Jurisprud. Antejust. p. 626 ein gegen das Manuscript und gegen den inneren Zusammenhang der Stelle. Richtig die Mommsen'sche Ausgabe.

Gewalthabers, als das Individuum, welches das Recht individuell gestalte, d. h. nach dessen thatsächlichen Verhältnissen sich das Recht materiell zu gestalten habe, die gewaltunterworfenen Person betrachtet, die Anderen aber diese Art von Individualisirung aus einer anderen als der Person des Berechtigten nicht für zulässig erachtet haben.

Die letztere Anschauung ist denn auch, nach Julians Vorgänge, von Justinian adoptirt. Wenn er dagegen weiterhin in L. 17 C. cit. die Bestimmung trifft, dass nach dem Wegfalle des *paterfamilias* der *usufructus* dem *filius familias* ohne Rücksicht auf seine Erbenqualität verbleiben solle, so ist diess sicherlich eine neue, dem classischen Rechte völlig fremde Auffassung (vgl. auch den Eingang zu der L. 17: *Ex libris Sabinianis... remanere*), die nicht mit der oben angedeuteten Neuentstehung des *usufructus* nach eingetretener Aenderung, sondern mit der veränderten prinzipiellen Gestaltung des Familiengüterrechtes (L. 6 u. 8 C. *bonis quae lib. 6. 61*) zusammenhängt und deshalb hier nicht weiter zu erörtern ist.

3) Während für den Inhalt des Niessbrauches die Person des *Usufructuarius* gleichgültig, deshalb auch die Ausübung des Niessbrauches überlassbar und übertragbar ist: ist für den Inhalt des *Usus* ein individuelles Moment mindestens insofern neben anderen massgebend, als die Ausübung desselben nicht überlassen und übertragen werden kann.

Diese gesteigerte Persönlichkeit des *Usus* möchte der hauptsächlichste Grund für die Ansicht gewesen sein, die einen Erwerb desselben durch *personae subjectae* überhaupt nicht zulassen wollte (vgl. oben Z. 1). Aber auch bei Zulassung desselben scheint die Annahme nahe genug zu liegen, dass das *uti* als *uti* durch die gewaltunterworfenen Person zu denken ist — ähnlich wie unter gewissen Voraussetzungen die von der gewaltunterworfenen Person stipulirte Leistung speciell an diese Person zu machen ist (vgl. hierüber den nächsten § III. 1). Diese Annahme ist denn auch wirklich durch die Quellen begründet:

L. 12 § 5 und L. 17 *usu* 7. 8 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum und Africanus lib. 5 Quaest.).

Bei Auslegung dieser Stellen ist nämlich zu beachten: einer Seits dass der *usus aedium* das Mitwohnen der nächsten Familienange-

hörigen nicht ausschliesst, und zu ihnen selbstverständlich der Herr, beziehungsweise Hausvater zu rechnen ist, dessen Familie der Erwerber des Usus angehört, und anderer Seits dass die Entscheidung der L. 12 § 5

ipsius dumtaxat usum exigit, non etiam eorum, qui sunt in potestate. ⁵⁾

nur erklärlich ist, wenn das *uti* des Haussohnes den Ausgangspunkt bildet. Aber freilich bestimmt das *uti* des Haussohnes nur Inhalt und Umfang der Berechtigung, nicht die wirkliche Ausübung, die im Gegentheile dem Hausvater als dem Berechtigten zukommt, wesshalb von der Mitberechtigung durch den Haussohn die Fortexistenz des letzteren u. s. f. nicht abhängen kann.

L. 17 cit. . . itaque non minus absente quam praesente filio servove pater dominusve in his aedibus habitabit.

Ist dies richtig, so möchte in der Bestimmung über den Erwerb des *usus* durch gewaltunterworfenen Personen ein nicht ungewichtiges Moment für die Erfassung der begrifflichen Scheidung von *Usus* und *Ususfructus* zu sehen sein und zwar in der Richtung, dass allerdings bei dem *usus* der Rechtsinhalt durch die Individualität des *Usuars* mit bestimmt wird. Das Nähere gehört aber nicht hieher ⁶⁾.

§ 12. Das Objekt des Erwerbes (Forderungs- Klage- und Einrede-Rechte).

III. Der Erwerb der Forderungsrechte

unterliegt im Allgemeinen keinen Bedenken — weder aus inneren Gründen — denn der Inhalt der *Obligatio* ist für die Regel nicht in der Weise durch die Individualität des Gläubigers bedingt, wie

5) Basil. XVI. tit. 8. § 12 .. *εἰ δὲ τοῖς ὑπεξουσίους μου ληγατευθῇ, οὐχ ἡ αὐτῶν, ἀλλ' ἡ ἐμὴ χρῆσις σκοπεῖται* — ergeben einen falschen Sinn, wie namentlich aus dem Verhältnisse zu dem ersten Satze — (*Si usus . . . utatur*), aus der Einleitung des Nachsatzes mit *quamquam* und aus der Beschränkung der Entscheidung durch *dumtaxat* erhellt.

6) Eine Zusammenstellung der wichtigsten Ansichten über die begriffliche Scheidung von *Ususfructus* und *Usus* findet sich bei Bechmann, Ueber Inhalt und Umfang der Personalservitut des *Usus* (1861), S. 1—7; vgl. ausserdem Brinz, *Notamina ad usumfr.* 1849; von Scheurl, in der Kritischen Vierteljahrsschrift III, 298 f.; Windscheid, *Pand.* § 207.

der Inhalt des *usus* — noch nach den Quellen: denn sie nehmen nirgends Anstand, aus Verträgen und anderen *causae obligatoriae*, welche in der gewaltunterworfenen Person zur Entstehung kommen, Forderungen und Klagerechte der Gewalthaber entstehen zu lassen. Doch ist es

1) möglich, dass die Leistung als Leistung an die individuelle Person des Contrahenten, also bei Verträgen der gewaltunterworfenen Personen als Leistung an die gewaltunterworfenen Person gewollt und zugesagt ist, und ist in diesem Falle allerdings die Frage, ob der Gewalthaber forderungs- und klageberechtigt ist, nach den Quellen dem ersten Anscheine nach zu verneinen ¹⁾. Diese Individualisirung der Leistung ist nämlich nach

§ 2 J. stip. serv. 3. 17: *Sed quum factum in stipulatione continetur, omnimodo persona stipulantis continetur* . . . vgl. auch L. 38 § 6 V. O. 45. 1 (Ulp. lib. 49 ad Sabinum mit Berufung auf Julianus lib. 52 Digestorum) und L. 130. e. t. (Paulus lib. 15 Quaestionum)

nur zulässig, wenn ein *factum* im Gegensatze zu einem *jus* den Gegenstand der Leistung ausmacht; in Beziehung auf diesen Gegensatz aber heisst es in

L. 44 pr. cond. 35. 1 (Paulus lib. 9 ad Plautium): *quia quae facti sunt, non transeunt ad dominum*.

Indessen will dieser letztere Satz keineswegs besagen, dass Rechte, die ein *Factum* im Gegensatze zum *Jus* zum Inhalte haben, nicht auf den Gewalthaber übergeben: im Gegentheile ist bei solchen zunächst an Leistungen gedacht, denen keine Berechtigung des Empfängers gegenübersteht, z. B. an Leistungen, die *conditionis implendae causa* gemacht werden und an Leistungen an den *solutionis causa adjectus*.

L. 44 pr. — § 3 cit. (35. 1.)

Gerade, weil diesen Leistungen keine Berechtigung entspricht, kann die Rechts- und Vermögensunfähigkeit auf dieselben nicht einwirken — ähnlich wie die vertragsmässige *electio*, die richtiger Ansicht

1) Die im Texte besprochene Frage berühren: Mühlenbruch, *Cession* (3. Auflage), S. 271 f. — unter Angabe älterer Literatur; Buchka, *Lehre von der Stellvertretung* S. 17—19; Savigny, *System* II, S. 143 u. 144. vgl. auch Marezoll in *Q. Z. X*, 272 f. A. Schmidt, a. a. O. S. 21 in Note a.

nach nur Wahlmöglichkeit, nicht Wahlrecht ist, nicht mit dem Forderungsrechte auf den Gewalthaber übergeht, sondern von der gewaltunterworfenen Person vorgenommen werden muss.

L. 76 pr. V. O. (Paulus lib. 18 ad Edictum); L. 141 pr. e. t. (Gajus lib. 2 Verb. Oblig.).

Jener Satz spricht also, wenn er überhaupt eine allgemeine Bedeutung hat, nur aus: dass eine Thatsache, die in der gewaltunterworfenen Person oder in Beziehung auf solche zutreffen soll, nicht herbeigeführt ist, wenn sie von dem Gewalthaber oder in Beziehung auf solchen vorgenommen wird. In diesem Sinne gilt derselbe dann allerdings auch für die in Frage stehenden Obligationen, bewirkt aber nur, dass die Obligation nicht als erfüllt angesehen werden darf, wenn an den Gewalthaber statt an die gewaltunterworfenen Person geleistet wird; nicht aber: dass ersterer nicht als Gläubiger der an die gewaltunterworfenen Person zu machenden Leistung erscheinen würde.

Ist dem so, so liesse sich für die Ansicht, dass Forderungen, welche Leistungen an die *persona subjecta* zum Inhalte haben, dem Gewalthaber nicht erworben werden, etwa noch die erste Entscheidung der

L. 130 V. O. 45. 1 (Paulus lib. 15 Quaest.)

oder der Umstand anführen, dass nur Leistungen rein faktischen Inhaltes — es handelt sich in der Regel um ein Thun der gewaltunterworfenen Person, das der Verpflichtete dulden muss — in die angeführte Beziehung zu der gewaltunterworfenen Person gebracht werden können. Allein dass jene Stelle hieher Nichts beweist, wird sich aus den Erörterungen des § 17 Ziff. 2 ergeben. Der Grund dieser Beschränkung aber ist einfach darin zu suchen, dass jede Leistung, die einen Vermögenswerth beziehungsweise ein Vermögensrecht schafft oder überträgt, um der Vermögensunfähigkeit der gewaltunterworfenen Person willen in Wirklichkeit an den Gewalthaber gemacht wird, direkt oder per personam subjectam, hier also die Beschränkung auf die gewaltunterworfenen Person entweder unmöglich oder bedeutungslos sein muss.

Ueberdiess bieten die quellenmässigen Entscheidungen über den Erwerb des Einrederechtes aus einem *pactum filii personale* eine

treffende und ausreichende Analogie für die entgegengesetzte Ansicht dar:

L. 7. § 18., L. 19. — L. 21 pr. pactis 2. 14 (Ulpianus lib. 4, Paulus lib. 3, Gajus lib. 1 ad Edictum).

Die letzten Stellen unterstützen zugleich die Folgerung, dass mit dem Tode der hausunterthänigen Person die Forderung, deren Erfüllung durch solchen unmöglich geworden ist, erlöscht,

vgl. namentlich L. 21 pr. pactis

während durch Emancipation oder Adoption die Forderung nur dann aufgehoben wird, wenn die Leistung an das emancipirte Kind für den vormaligen Gewalthaber ohne alles rechtliche Interesse ist. Uebrigens kann im letzteren Falle unter Umständen auch ein anderer Gesichtspunkt sich geltend machen und in Folge hievon das Forderungsrecht in der vormals gewaltunterworfenen Person fortdauern. Wenn nämlich eine Forderung durch Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung auf die Zeit der Emancipation oder Adoption hinausgerückt ist, wird sie consequent dem Gewalthaber erworben: denn auch der bedingte beziehungsweise betagte Vertrag erzeugt mit seinem Abschlusse ein Obligationsverhältniss und in ihm ein festes Recht des Gläubigers gegen den Schuldner:

quia potestas ejus tunc, cum id contraheret, nostra fuit.

L. 40. stip. serv. 45. 3. und L. 18. R. J. (Pomponius lib. 33. ad Qu. Mucium und 6. ad Sab.)¹⁾

Wenn aber die Geltendmachung dieses Forderungsrechtes durch den gewesenen Gewalthaber gegen die bona fides verstossen würde, soll die Klage dem Gewalthaber versagt und utiliter dem emancipirten Kinde eingeräumt werden.

L. 40. cit.: si tamen dolo malo id fecerit. Vgl. dazu namentlich die instructive L. 47. hered. inst. 28. 5 (Afri-

1) von Scheurl, (Beiträge II. 2.) Zur Lehre von den Nebenbestimmungen S. 49 f. und S. 145 f. — mit etwas anderer und wohl zum Theile nicht richtiger Begründung: denn dass die bloße Gebundenheit des Willens, in welcher Scheurl das Wesen der bedingten Obligation sieht, den Erwerb des Gewalthabers nicht zu vermitteln vermag, zeigen die Bestimmungen, die im Texte unter Ziff. 2 und im § 13. Ziff. 1 referirt sind. Auch die Erklärung von L. 11 § 2 f. don. int. vir. 24. 1 unterliegt Bedenken.

canus lib. 2. Quaest.) und um der Analogie willen L. 7. § 18, L. 21. § 1. und 2. pactis 2. 14.

Diese letztere Bestimmung gehört ihrem unmittelbaren Inhalte nach an einen andern Ort (vgl. § 31. III.). Hieher ist sie insofern von Interesse, als sie zeigt, dass, von besonderen Umständen abgesehen, die dem Gewalthaber einmal erworbene Forderung demselben ohne Rücksicht auf die Fortexistenz der gewaltunterworfenen Person beziehungsweise der Gewalt selbst verbleibt. Diess aber mag neben anderen Momenten einen Beweisgrund dafür abgeben, dass das römische Recht und die römische Jurisprudenz Obligatio und contrahierende Person keineswegs in die enge und unmittelbare Verbindung bringen, welche bisweilen behauptet wird.

2) So wenig als in dem unter Ziff. 1. auseinandergesetzten Falle liegt eine wirkliche Ausnahme von dem an die Spitze gestellten Principe in den Bestimmungen der Quellen über *societas* und *mandatum* ²⁾).

Nach den Quellen gilt nämlich zwar der *filius familias*, der einen Societätsvertrag abschliesst, als *Socius*:

L. 63. § 2. pro socio 17. 2 (Ulp. lib. 31 ad Edictum): *Patri autem vel domino socii . . .* Vgl. auch L. 58. § 2 und 3 e. t. (Ulp. l. c.) und L. 65. § 11. e. t. (Paulus lib. 32 ad Edictum).

ausser es wäre bei dem mit Ermächtigung des Gewalthabers vorgenommenen Vertragsabschlusse als der künftige *socius* der Gewalthaber in Aussicht genommen worden;

L. 84. e. t. (Labeo lib. 6. Poster. a Javoleno epitom.) . . .
cum illius persona . . . cujus persona in contrahenda societate spectata sit.

dauert ferner nach der Emancipation des Sohnes die Societät mit

2) Ueber die im Texte erörterte Frage vgl. namentlich Savigny, System II, S. 134—137; daselbst werden Societät und Mandat (beziehungsweise *Negotiorum gestio*) unter denjenigen Rechtsverhältnissen aufgeführt, die in Beziehung auf Rechtsfähigkeit und *capitis deminutio anomala* sind; der Grund der Anomalie aber wird der Hauptsache nach in der faktischen Natur der betreffenden Verhältnisse gesehen. Scheurl, Beiträge I, S. 237 f., bespricht die *societas* eingehend, um darzuthun, dass sie durch *capitis deminutio minima* aufgelöst worden sei; thut hiebei übrigens den Belegstellen, namentlich der L. 58. § 2 pro socio 17. 2, einige Gewalt an.

demselben fort in der Weise, dass die nunmehr aus der Societät herauswachsenden Ansprüche (Guthaben) dem gewesenen Haussohne, nicht dem früheren Hausvater anfallen;

L. 58. § 2. cit.: nam et si quid, inquit (scil. Julianus), socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, ejus non patri, sed filio actio danda est.

wird endlich diese Fortsetzung der Societät in Wirklichkeit als Fortsetzung, nicht als stillschweigende Neubegründung betrachtet.

L. 58. § 2. cit.: Julianus scripsit libro XIV. Dig. eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspicendum.

Aber diese Bestimmungen lassen keineswegs darauf zurückschliessen, dass das Hauskind durante potestate irgend eine zum concreten Privatrechte gestaltete Befugniss zu eigenem Recht habe, irgend eine solche Befugniss also nicht dem Hausvater erworben werde. Für die actio pro socio resultirt diess aus dem angeführten Schlusse der L. 58. § 2. pro socio, der ausdrücklich nur die post emancipationem entstandenen Societätsforderungen dem filius zuweist: andere als die mit der actio pro socio verfolgbaren Rechte aber entstehen aus der societas nicht. Denn die Gebundenheit des Willens, welche durch die Eingehung der Societät allerdings bewirkt wird, ist nur insoferne rechtliche Gebundenheit, als die übernommenen Verpflichtungen, so lange der socius socius bleiben will und bleibt, bei Vermeidung der Entstehung von Ansprüchen auf Ersatz u. s. f. (actiones pro socio) erfüllt werden müssen³⁾. Ist dem so, so ist gleichzeitig erklärt, sowohl warum der filius familias und nicht der Gewalthaber als socius erscheint — denn Verpflichtungen aller Art, in welche der Haussohn eintritt, ergreifen den Haussohn, nicht den Hausvater — als warum die Einheitlichkeit der societas durch die Emancipation nicht gestört wird: denn jene Gebundenheit des Willens beruht auf dem einen Willensentschlusse, durch den die societas begründet wird und dauert ununterbrochen und ungeändert fort, bis der Wille selbst oder sein Inhalt wegfällt (L. 63. § 10

3) Ueber das Wesen der societas und des mandatum vgl. namentlich Brinz, Pandekten I, § 110 u. 111, woselbst sich übrigens nicht ganz die im Texte ausgesprochene Ansicht vertreten findet.

pro socio). Aber freilich liesse sich denken, dass der Gewalthaber, dem es zustehen muss, die *societas*, in der die *persona subjecta* steht, für die Zukunft aufzulösen, durch den Act der Lösung der Gewalt auch die *societas* auflösen und auf diese Weise (*voluntate*) die Continuität zwischen der alten und der nachträglich wieder aufgenommenen Gesellschaft beseitigen würde. Die römische Jurisprudenz hat indessen auf diesen Aufhebungswillen des Gewalthabers nur bei der *alienatio servi* zurückgeschlossen,

L. 58. § 3. cit.: Si servus meus societatem cum Titio coërit et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam . . .

nicht dagegen bei der Emancipation. Wenigstens wird in einem und demselben Fragmente aus Ulpian ohne Widerspruch die Ansicht Julians referirt, dass die Emancipation des *filius familias socius* die *societas* nicht löse (L. 58 § 2 cit.), für die *alienatio servi* aber als eigene, wenn auch keineswegs feststehende Ansicht Ulpians (*potest dici*) die Lösung der *societas* behauptet; und lässt sich kaum ein anderer innerer Grund für diese Divergenz in den Entscheidungen finden, als der im Texte angedeutete ⁴⁾.

Nicht anders verhält es sich mit dem *mandatum*, das, wie die *societas*, den *filius*, nicht den *paterfamilias* ergreift, und nach der Emancipation in der Person des *filius* fort dauert:

L. 16 neg. gestis 3. 5 (Ulp. lib. 35 ad Edict.); L. 61, Mand. 17. 1 (Paulus lib. 2 ad Neratium).

denn die *mandati obligatio* hat dieselbe grundlegende, nicht rechtsschaffende Bedeutung, wie die *obligatio* der *socii*. Uebrigens lässt sich hier noch eine tiefere Begründung desselben Resultates geben — daran anschliessend, dass der materielle Zweck des Mandatsvertrages die civilistische Fundirung der Vollmachtsertheilung ist, die Vollmacht aber der individuellen Person des *filius familias*, nicht dessen Gewalthaber ertheilt werden will. Diese Beziehung des Er-

4) Einen anderen, aber nicht ausreichenden Erklärungsgrund gibt Scheurl, a. a. O. (Beiträge I) S. 241 unten u. 242. vgl. ausserdem Cujacius, Op. Omn. VI. p. 88 (quia *societas* ex *persona domini* consistit) und Glosse zu L. 58. § 3 verb.: *finitam* (aliud est in filio, qui et ante emancipationem potest obligari et obligatur).

mächtigungswillens zu der individuellen Person ist dann der materielle Ausgangspunkt der angedeuteten Behandlung des Mandates; diese selbst aber in formeller Uebereinstimmung mit dem Principe der Vermögensunfähigkeit allerdings wiederum desswegen, weil das *mandatum* zunächst nur *obligatio*, nicht concretes Privatrecht für den Mandanten schafft.

Aus jenem materiellen Grunde, der auch den die *societas* betreffenden Bestimmungen nicht fremd ist (Brinz Pand. S. 476), erklärt sich zugleich die Behandlung der *adstipulatio*, die freilich, weil es an dem formellen Anhaltspunkte fehlt, anders, als die Behandlung von *societas* und *mandatum*, in formellem Widerspruche mit dem den Erwerb des Hausvaters bestimmenden obersten Principe des römischen Familiengüterrechtes steht. Denn die *adstipulatio* erzeugt ein festes Recht (*actio ex stipulatu*); soll dieses dennoch dem Hausvater nicht erworben werden, sondern bis zur Gewaltfreiheit des *adstipulator* in der Schwebe bleiben und dann diesem selbst erworben werden,

Gajus III. 114.. *is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit..; ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis...*

so kann der Grund hievon kein anderer sein, als dass die *adstipulatio* auf einem gerade der *persona subjecta* ertheilten und nur von ihr auszuführenden Einklagungsmandate beruht — ein Grund, den die Nichtigkeit der *adstipulatio* Seitens des zur Prozessführung unfähigen *servus* und das Erlöschen im Falle des Todes des *Adstipulators* unterstützt⁵⁾.

Wenn endlich

3) behauptet wird, dass der Uebergang der *naturalen Forderungsrechte* auf den Gewalthaber Bedenken unterliege, so ist diess nicht richtig. Die allgemeinen Gründe, welche den Uebergang allen Rechtserwerbes auf den Gewalthaber fundiren, treffen bei *naturalen Forderungen* so gut zu wie bei klagbaren; die

L. 53 *acq. dom.* 41. 1 (*Modestinus lib. 14 ad Quintum*

5) Ueber die *Adstipulation* vgl. Savigny, System II, S. 56, 81 unten, 136 f.; Bekker, Consumtion S. 167 f., 187; Keller, Institutionen S. 164 f.

Mucium): Ea quae civiliter acquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.

ferner hat ihre Bedeutung in der Bestimmung und Begränzung des Erwerbes nicht durch gewaltunterworfenen Personen, sondern durch freie Stellvertreter; in Beziehung auf einzelne Naturalobligationen aber ist der Uebergang der Forderung vom Contrahenten auf dessen Gewalthaber so bestimmt als möglich ausgesprochen:

L. 9 § 2 u. 3 peculio 15. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edictum); L. 38 pr. bis § 2 cond. ind. 12. 6 (Africanus lib. 9 Quaest.).

Es wird denn auch der Nichtübergang in der Hauptsache nur behufs der Beseitigung anderweiter Zweifel und Bedenken behauptet.

So von älteren Juristen⁶⁾, um die Möglichkeit von Naturalforderungen der Hauskinder an den Hausvater zu erklären. Allein diese Möglichkeit ist die einfache Folge der Anerkennung eines faktisch selbstständigen Vermögens (peculium) der Hauskinder und reicht weder in ihren Gründen noch in ihren Consequenzen über diese Möglichkeit hinaus (vgl. hierüber unten in § 20 Ziff. 3 u. 4).

So von Schwanert⁷⁾ behufs Erklärung der

L. 14 Obl. et Act. 44. 7 (Ulp. lib. 7 Disp.): Servi.. ex contractibus.. civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.

in soferne die Worte »et obligant« darthun sollen, dass aus jedem obligatorischen Rechtsgeschäfte einer gewaltunterworfenen Person neben dem klagbaren Forderungsrechte, das auf den Gewalthaber übergehe, ein naturales Forderungsrecht entstehe, das der gewaltunterworfenen Person verbleibe, und das sowohl die Einrechnung der Forderung in das Peculium als die Gültigkeit der Zahlung an die gewaltunterworfenen Person begründe. Allein, wie aus der Darstellung der Peculienlehre hervorgehen wird (vgl. unten das zweite Buch), ist die Annahme einer Naturalobligation des Peculienin-

6) Von der Pfordten, Abhandlungen S. 157 f., woselbst die betreffenden Schriftsteller angeführt und überzeugend widerlegt sind (vgl. auch S. 153 f.).

7) Schwanert, Naturalobl. S. 273 f.; gegen dessen Aufstellungen namentlich von Scheurl, in der Krit. Vierteljahrsschrift VI. S. 511—18.

habers behufs der Erklärung der Einrechnung gewisser Forderungen und der Gültigkeit gewisser Zahlungen weder nothwendig noch auch nur förderlich, hängt vielmehr mit einer unrichtigen Auffassung des Peculium zusammen. Wird nun weiter noch beachtet, auf welche innere und äussere Schwierigkeiten die Annahme der Entstehung einer Doppelforderung aus der einen causa obligatoria entstehen muss — einer Forderung, die gleichzeitig civilis und naturalis ist, gleichzeitig dem Hausvater und dem Haussohne zusteht —: so wird es gerechtfertigt sein, jede andere, nicht zu solcher Schwierigkeit führende Erklärung der L. 14 cit. vorzuziehen. In dieser Beziehung aber ist zu beachten, dass die Stelle einen generalisirenden Charakter hat und in einer einheitlichen Formel Dinge zusammenfasst, die augenscheinlich nicht gleichartigen Charakters sind: denn auch bei der Erklärung Schwanerts ist die selbstständige und ausschliessliche Naturschuld der Slaven von der nur secundären und begleitenden Naturalforderung desselben wesentlich verschieden. Ist diess der Fall, so hindert Nichts die Annahme, dass der Jurist nur besagen wolle: wenn auch der Slave durch seine Contrakte sich nicht civiliter verbindlich machen könne, so seien solche doch immerhin für ihn nicht ohne Rechtswirkung; indem sie einer Seits eine Naturschuld des Slaven erzeugen — diess ist nach dem Zusammenhange die Hauptsache — und anderer Seits eine Forderung, die wenigstens in soferne Bedeutung für den Slaven habe, als sie unter Umständen gültig an ihn gezahlt werden könne⁸⁾.

IV. Bei den Klagerechten

kann die Frage entstehen, in wie weit die Thatsache, dass das Klagerecht einer Seits durch die Handlung der gewaltunterworfenen Person begründet worden ist, anderer Seits dem Gewalthaber zusteht, auf die Gestaltung der Formel einwirkt.

Die Antwort gibt Gajus IV. 134 u. 135

.. intentione formulae determinatur is, cui dari oportet; et sane

8) Ueber L. 14 cit. vgl. Savigny, System II, 418, namentlich Note e, woselbst übrigens die Worte: et obligant wohl nicht mit Recht auf Forderungen an den eigenen Herren bezogen werden; Puchta, in Richters Jahrb. IV, 684 f., der diess widerlegt und die Worte auf den Beginn der Obligatio ex persona servi bezieht; Schwanert, a. a. O. S. 273 f., 283 f.; Machelard, Des Obligations naturelles p. 186 sq.; von Scheurl, in der crit. Vierteljahrsschrift VI, 518.

domino dari oportet, quod servus stipulatur: at in praescriptione de facto (richtiger als: de pacto) quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet. Quaecumque autem diximus de servis, eadem de ceteris quoque personis, quae nostro juri subjectae sunt, dicta intellegemus.

d. h. es wird in der intentio der Gewalthaber als Gläubiger genannt, in einer praescriptio aber, die hier die Stelle der demonstratio vertritt, die Basirung des Rechtes auf ein Factum der gewaltunterworfenen Person angegeben. Aus dieser praescriptio erklären sich auch Bemerkungen in einigen Stellen,

vgl. z. B. L. 42 cond. 35. 1 und L. 45 pr. neg. gest. 3. 5 (Africanus lib. 2 u. lib. 7 Quaest.).

die dem ersten Anscheine nach zu der Annahme verleiten, dass nomine filii servive geklagt werde⁹⁾.

Inwieweit von dem Uebergange der Klagerechte auf den Gewalthaber Ausnahmen existiren, beziehungsweise der Sohn wenigstens als präsumtiver Procurator auftreten kann, wird in anderem Zusammenhange erörtert werden. vgl. §§ 26 und 27.

V. Bei den Einrederechten,

von denen der Hauptsache nach nur die exceptio pacti de non petendo in Frage kommt, macht der Umstand Schwierigkeiten, dass das Hauskind einmal durante potestate in klagbarer Weise verpflichtet sein und weiterhin auch nach Lösung der Gewalt unter Umständen (Beerbung u. s. f.) aus den Verpflichtungen des Hausvaters belangt werden kann: dass also Interessen vorliegen, welche die Entstehung der exceptio als eines Rechtes des Hauskindes zu verlangen scheinen. Dessenungeachtet lassen die Quellen keinen Zweifel darüber, dass das Einrederecht sowohl wenn in Beziehung auf eine Schuld des Hausvaters, als wenn in Beziehung auf eine Schuld des Hauskindes paciscirt wird, dem Hausvater erworben wird.

L. 17 § 7 bis L. 19 pr. pactis (Paulus lib. 3 ad Edictum,

9) Huschke, Z. für gesch. Rechtswissenschaft XIII, 325—28; dazu Huschke und Böcking in ihren Ausgaben des Gajus; Keller, Civilprocess § 42. Die Frage, warum die betreffende Bemerkung praescriptio statt demonstratio heisst und warum Gajus dieser praescriptio an dem Orte gedenkt, an dem sie erörtert wird, interessirt hieher nicht.

Gajus lib. 1 ad Edict. prov.): Filius servusve si paciscantur, ne a patre dominove petatur, sive de eo paciscantur quod cum ipsis, sive de eo, quod cum patre dominove contractum est, adquirent exceptionem (scil. patri dominove, vgl. Bas. XI. c.1. § 19).

Ausserdem L. 59. pactis (Paulus lib. 3. Regul.), L. 23. pr. usufr.

7. 1. (Ulp. lib. 27. ad Sabinum mit Berufung auf Julianus lib. 30. Dig.), sowie die L. 7. § 18. pactis.

Denn deren Satz:

quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem,

lässt sich in der Anwendung auf die exceptio pacti nur daraus erklären, dass das durante potestate abgeschlossene pactum der gewaltunterworfenen Person kein Recht verschaffen kann.¹¹⁾

Indessen ist doch

1) nicht zu bezweifeln, dass das pactum, das von dem Haussohne in Beziehung auf eine eigene Schuld abgeschlossen wird, auch von dem Haussohne selbst und zwar mittelst Vorschützen der exceptio pacti der gegen ihn angestellten Klage entgegengehalten werden kann — jedenfalls dann, wenn das pactum auf den Haussohn abgestellt ist (ne a se petatur), aber wohl auch dann, wenn es unpersönlich formuliert ist.

L. 19. § 1. h. t.: Item si filius familias pactus fuerit, ne a se petatur, proderit ei et patri quoque...

Weiterhin ist es

2) um der Möglichkeit einer klagbaren Verpflichtung willen dem Hauskinde — anders als dem Slaven — möglich, bezüglich einer eigenen Schuld (arg. L. 7. § 18. h. t.) ein auf die eigene Person gestelltes pactum de non petendo mit Wirksamkeit abzuschliessen (L. 19. § 1. cit.). Das Recht, welches aus einem solchen pactum für den Hausvater entsteht, ist consequent beschränkt nicht bloß auf die betreffende Schuld, sondern auch auf die Lebenszeit des filius familias.

L. 19. § 1. bis L. 21. pr. h. t. vgl. namentlich die Worte:

11) Ueber die im Texte angeführten Stellen vgl. namentlich Cujacius, Op. Omn. V, p. 61 u. 64 und speziell über L. 7. § 18 pactis: Savigny, System II, S. 419—22; auch von der Pfordten, Abhandlungen S. 135 u. 136.

post mortem vero filii nec patri nec heredi ejus, quia personale pactum est.

Endlich kann

3) soweit durch die Sätze unter 1 und 2 die vormalig gewaltunterworfenen Person nicht geschützt ist, während das pactum ihren Schutz beabsichtigt, durch Gewährung der exceptio doli geholfen werden.

L. 7. § 18. cit.; L. 21. § 1 u. 2 h. t.

Diese exceptio stützt sich auf den dolus, der in dem zusagewidrigen Einklagen der betreffenden Forderung gelegen ist, steht also nicht im Widerspruche mit der an die Spitze gestellten Regel.

Das Gleiche gilt von dem Satze unter Z. 2, der nicht den Uebergang des Rechtes auf den Gewalthaber hindert, sondern nur den Inhalt desselben, in Uebereinstimmung einer Seits mit dem Willen der Paciscenten, anderer Seits mit der Existenz klagbarer Verpflichtungen der Hauskinder regelt. Eine Anomalie liegt also nur im Satze unter Z. 1: aber eine Anomalie, die durch die Zulassung klagbarer Verpflichtungen der Hauskinder sachlich nothwendig gemacht ist.

§ 13. Das Object des Erwerbes (hereditates und legata).

VI. Der Erwerb der hereditates und legata

bedarf in mehreren Richtungen — theils gleichmässig für hereditates und legata, theils nur für hereditates — einer genaueren Erörterung¹⁾.

1) Die testamentarische Verfügung, welche die gewaltunterworfenen Person als Erben oder als Vermächtnissnehmer bezeichnet, wird nicht auf den präsenten Gewalthaber derselben bezogen d. h. wird nicht so aufgefasst, wie wenn dieser Gewalthaber zum Erben oder Vermächtnissnehmer designirt wäre. Diess folgt mit Nothwendigkeit aus einer Reihe feststehender Sätze (vgl. unten Z. 2, 3, 4), ausserdem aus L. 11 leg. I. (Pap. in lib. 9 Quaest.) u. anderen Stellen, und steht keineswegs im Widerspruche mit dem Satze, dass aller Erwerb der hausunterthänigen Person dem Gewalthaber er-

1) Mühlenbruch im Commentar XXXIX, 211 f., 229 f., XLII, S. 402 f., 443 f., XLIII, S. 106 f., 199 f.; von der Pfordten, Abhandlungen S. 163 f.; Köppen, System des Erbrechtes S. 392 f.; Arndts im Commentare XLVI, S. 436 f.; vgl. auch A. Schmidt, die Persönlichkeit des Slaven, S. 21 f.

worden wird. Denn die testamentarische Disposition ist zunächst nur ein Factum und begründet für sich keinerlei Recht; facta aber non transeunt ad dominum (L. 44 pr. cond. et dem. 35. 1) — ein Satz, der sich auch darin praktisch geltend macht, dass aus dem bedingten Legate selbst nach dem Tode des Testators solange die Bedingung nicht eingetreten und hiemit der dies legati cedens gekommen ist, kein Erwerb für den Gewalthaber resultirt.

L. 14. § 3 quando dies leg. 36. 2 (Ulp. lib. 24 ad Sab.), vgl. auch L. 18 R. J. (Pomponius lib. 6 ad Sabinum ²⁾).

Lassen freilich anderweite Umstände, namentlich der nähere Inhalt der Verfügung, darüber keinen Zweifel, dass der Testator in Wirklichkeit den präsenten Gewalthaber instituiren will, so kommt dieser Wille zur Geltung:

L. 42. cond. et dem. 35. 1 (Africanus lib. 2 Quaest.): Filio familias legatum est sub hac conditione »si in potestate patris mansisset« magis patri legatum videri ait et patrem suo nomine legatum petere. Idem juris esse et si servo similiter legatur ³⁾. vgl. ausserdem — mit Beziehung auf mortis causa donationes — L. 23 m. c. d. 39. 6 (Africanus e. t.); L. 3. C. her. inst. 6. 24 (Imp. Alexander A. Vitali militi); und L. 21. C. jur. del. 6. 30 (Imp. Justinianus A. Joanni P. P.), deren Entscheidung übrigens nicht über den in Frage stehenden Fall hinausreicht (vgl. mit solcher auch L. 60. pr. her. inst. 28. 5).

Ebenso unrichtig wäre es aber, in einer solchen Disposition ohne Weiteres eine Verfügung zu Gunsten der gewaltunterworfenen Person für den Fall der Gewaltfreiheit zu finden. Auch diese Auffassung kann zwar unter Umständen, nämlich wenn sich der entsprechende Wille des Testators nachweisen lässt, gerechtfertigt sein,

L. 7 § 6 und L. 8 quando dies 36. 2 (Ulp. lib. 20 u. 24 ad Sabinum),

L. 3 C. her. inst. 6. 24 (Imp. Alexander A. Vitali militi) wäre aber für die Regel nicht zu vereinigen mit einer Reihe feststehender Sätze (vgl. unten Z. 2, 3, 4), und ausserdem mit

L. 68 § 1 leg. I. (Gajus lib. 18 ad Edict. prov.); L. 82 § 2 leg. II. (Paulus lib. 10 Quaest.); L. 44 § 1 und 2 cond. 35. 1 (Paulus lib. 9 ad Plaut.).

²⁾ von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen S. 146 f.

³⁾ Cujacius, Op. Omn. I, 1277.

Vielmehr gilt als designirt zur Erbschaft beziehungsweise zum Vermächtnisse die individuelle in der Verfügung genannte Person — ohne weitere Rücksicht ob sie jetzt beziehungsweise zu der Zeit, in der es sich um die Erwerbung der Erbschaft oder des Vermächtnisses handelt, gewaltunterworfen ist oder nicht, und wer zutreffenden Falles der Gewalthaber ist.

Und das Gleiche ist von der gesetzlichen Berufung anzunehmen, soweit solche in Folge der allmäligen Entwicklung cognatischer Erbfolge in Beziehung auf eine in fremder Gewalt befindliche Person erfolgen kann.

L. 6 § 2 acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 6 ad Sab.).

Diese Auffassung hat einer Seits zur Folge und wird anderer Seits bekräftigt dadurch, dass

a) für die Gültigkeit der Verfügung die Verhältnisse der gewaltunterworfenen Person massgebend sind

L. 82 § 2 leg. II. . . ex persona servi constitit legatum.

— mit alleiniger Ausnahme der testamenti factio (vgl. hierüber oben § 7. III. Z. 3); dass ferner

b) zwar das Vorabsterben der designirten Person vor dem Testator, beziehungsweise ante diem cedentem die Verfügung wirkungslos macht, nicht aber das Vorabsterben des Gewalthabers, das Aufhören oder der Wechsel der Gewalt.

Diess ist, was die Fortdauer der Verfügung nach Aufhören oder Aenderung des Gewaltverhältnisses betrifft, mehrfach ausdrücklich ausgesprochen:

Gajus II. 189; Ulp. XXII. § 13; L. 91, § 3, L. 114 § 10 leg. I. (Julianus lib. 36 Dig. und Marcianus lib. 8 Inst.); L. 62 § 1, L. 82 acq. her. 29. 2 (Javolen. lib. 1 ex Poster. Labeonis und Terentius Clemens lib. 16 ad leg. Jul. et Pap.) u. a. m.

ergibt sich aber auch bezüglich des Einflusses des Vorabsterbens mit Bestimmtheit daraus, dass

c) die Erwerbung der Erbschaft nicht durch den Gewalthaber, sondern nur durch die designirte Person selbst, also nicht mehr nach deren Wegfall erfolgen kann.

L. 63 pr. ad leg. Falc. 35. 2 (Paulus lib. 2 ad leg. Jul. et Pap.); vgl. ausserdem unten Z. 3.

Ein weiterer Folgesatz und zugleich ein weiteres Argument liegt darin, dass

d) bei der Auferlegung von Vermächtnissen und der Auslegung von Pupillarsubstitutionen, der Auslegung von Einsetzungsbedingungen u. s. f. nicht der Gewalthaber, sondern die gewaltunterworfenene Person als designirter heres behandelt und angesehen wird.

L. 11 legat. I. (Papinianus lib. 9 Quaest.); L. 3. L. 8 § 1 vulg. subst. 28. 6 (Modestinus lib. 1 Diff. und Ulp. lib. 4 ad Sabinum); L. 44 pr. und § 1 cond. 35. 1 (Paulus lib. 9 ad Plaut.).

Endlich macht sich derselbe Gesichtspunkt darin geltend, dass

e) dem Gewalthaber nur ein Fideicommiss, nicht ein Legat auferlegt werden kann, sowie in der bezüglich der Quarta Falcidia eintretenden Behandlung eines solchen Fideicommisses ⁴⁾.

Ulp. XXIV. 21; L. 11 leg. I. (Papinianus lib. 9 Quaest.)

2) Wenn der Zeitpunkt der Delation der hereditas beziehungsweise der dies cedens des Vermächtnisses gekommen ist, so kann gleichmässig von der Erwerbung der Erbschaft und des Vermächtnisses nur die Rede sein, wenn die designirte Person (Ziff. 1) noch lebt.

Im Uebrigen ist zu unterscheiden

a) das Vermächtniss wird am dies cedens derjenigen Person erworben, welche in diesem Augenblicke Gewalthaber des designirten Vermächtnissnehmers ist; ist letzterer aber nicht mehr in der Gewalt, dem designirten Vermächtnissnehmer selbst.

L. 5 § 7 quando dies 36. 2 (Ulp. lib. 20 ad Sab.): Si cum dies legati cedere inciperet, alieni quis juris est, deberi his legatum, quorum juri fuit subjectus.. vgl. auch L. 91 § 3, L. 114. § 10. leg. I.; L. 68 § 1 e. t. (Gajus lib. 18 ad Edict. prov.) u. a. m.

Und zwar ist dieser Erwerb ein definitiver d. h. nachträgliche Aenderung in den Gewaltverhältnissen oder Freiwerden von der Gewalt oder Tod entzieht das Vermächtniss dem Gewalthaber, der es einmal erworben hat, keineswegs;

4) Näheres über die unter c—e angedeuteten Sätze vgl. bei von der Pfordten, a. a. O. S. 166 u. 167 und im engsten Anschlusse an von der Pfordten bei Buchka, Stellvertretung S. 10—12; über den Satz unter lit. d) auch Vangerow, Pandekten, Anm. 1 zu § 521.

L. 5 § 7 cit.: et ideo si purum legatum fuerit et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet. vgl. ausserdem L. 68 § 1 cit.

Die repudiatio aber, mit welcher derselbe wieder rückgängig gemacht werden kann, steht dem Gewalthaber zu und ausser aller Einwirkung der gewaltunterworfenen Person, durch welche das Legat erworben worden ist.

L. 7. leg. I. (Paulus lib. 2 ad Sabinum) und L. 34. § 2 leg. II. (Modestinus lib. 9 Resp.)⁵⁾.

b) Die Erbschaft wird mit der Delation weder der unter a) bezeichneten noch einer anderen Person erworben: vielmehr wird mit diesem Zeitpunkte nur die Möglichkeit der Erwerbung eröffnet und zwar für die designirte Person (Ziff. 1), gleichviel ob sie gewaltunterworfen oder gewaltfrei ist. Sie kann nun die zur Erwerbung der Erbschaft nöthigen Akte (cretio, aditio, gestio) vornehmen, und muss sie vornehmen, wenn die Erbschaft erworben werden soll. Und wenn auch, soweit sie gewaltunterworfen ist, diese Akte nur jussu des Gewalthabers und mit Erfolg für den Gewalthaber vorgenommen werden können (vgl. unten Z. 3), so hat doch nicht etwa derjenige Gewalthaber, dem zur Zeit der Delation die Gewalt zusteht, ein Recht auf die Ertheilung der Ermächtigung und den durch die Antretung zu machenden Erwerb bekommen.

Gajus II. 189; Ulp. XXII. 13; u. a. m., namentlich aber L. 62. § 1 acq. her. 29. 2 (Javolenus lib. 1. ex Poster. Lab.). Si servus heres institutus post jussum domini, antequam adiret, alienatus esset, novum jussum posterioris domini, non jussum prioris exigitur.

L. 82 e. t. (Terentius Clemens lib. 16 ad leg. Jul. et Pap.): Si servus.. heres instituatur et antequam jussu domini adeat hereditatem, manumissus alienatusve sit ..., ipse admittitur ad hereditatem.

L. 15 C. jure del. 6. 30 (Imp. Constantinus ad Leontium C. O.)

Nur wenn der filius familias heres suus et necessarius des

5) Ueber die Vereinigung der beiden Stellen vgl. Glosse zu L. 34. § 2 cit. v.: non esse und Cujac. Op. Omn. III, 65.

Testators ist (L. 6. § 5 acq. her. 29. 2), ist mit der *delatio hereditatis* die Erbschaft dem präsenten Gewalthaber erworben.

Diese verschiedene Behandlung des Vermächtnisses und der Erbschaft hat ihren nächsten Grund darin, dass ersteres *ipso jure*, letztere dagegen, soweit hier in Frage stehen kann, durch Willensakt erworben wird. Sie setzt aber noch einen weiteren Unterschied voraus, zu dessen Constatirung sie wiederum besonders dienlich ist⁶⁾: dass nämlich die *legati cedente* eine als subjectives Privatrecht anerkannte Befugniß, ein Vermächtnissrecht im eigentlichen Sinne, zur Entstehung kömmt; die *Delation* der *hereditas* dagegen nach der Auffassung der römischen Jurisprudenz ein solches Recht nicht begründet, vielmehr nur eine der mehreren Thatfachen ist, die zusammen den Thatbestand der Erbschaftserwerbung bilden. Denn nur Rechte und rechtlich geschützte Verhältnisse werden durch die *persona subjecta* dem Gewalthaber erworben, nicht auch rechtlich relevante Thatfachen; aber auch alle Rechte, nicht etwa nur Vermögensrechte (vgl. hierüber § 2 am Schlusse), oder nur vererbliche und veräusserliche Vermögensrechte (vgl. z. B. § 9).

Ist dem aber so, so darf allerdings aus dem Erwerbe des Legatenrechtes die *legati cedente* auf die Existenz eines solchen Rechtes, aus dem Nichterwerbe der *hereditas delata* auf die Nicht-

6) Die Controversen über die Bedeutung einer Seite des *legati cedens* (vgl. Brinz, Pandekten S. 948 f.; Köppen in Jherings Jahrb. V, S. 184 f.; von Crailsheim, im civ. Archiv XLVII, 370 ff.; Unger, östr. Erbrecht § 62. Anm. 2 u. 3; Arndts Pand. § 554), anderer Seite der *delatio hereditatis* (vgl. Arndts Beiträge S. 16 f. und Pand. § 464; Puchta, Vorlesungen § 448 f.; Brinz S. 654 f.; Köppen, Jahrb. V, 127 f. und Erbrecht S. 249 f.; Unger, a. a. O. § 2 u. a. m.) können hier nicht erörtert und soll nur bemerkt werden: einmal dass, soweit zu sehen ist, der Erwerb des *legatum* die *cedente* und der Nichterwerb der *hereditas delata* durch den Gewalthaber nirgends zur Lösung der fraglichen Controversen verwerthet wird; weiterhin dass die Annahme eines die *cedente* entstehenden Vermächtnissrechtes keineswegs dazu nöthigt, entweder auf die ältere von Brinz a. a. O. überzeugend widerlegte Ansicht zurückzugreifen oder das Legatenrecht mit Köppen a. a. O. als eine familienrechtliche Befugniß aufzufassen; endlich dass der scheinbarste Grund, der für die Annahme eines mit der *delatio hereditatis* entstehenden subjectiven Rechtes angeführt wird, nämlich die Möglichkeit einer *in jure cessio hereditatis legitimae* (Gajus II, 34 sq., III, 85 sq.; Ulp. XIX, 11 sq.) durch das Wesen und die Bedeutung der *Legis-actio sacramento in rem* erheblich an Gewicht verliert.

existenz eines Erbfolgerechtes im eigentlichen Sinne zurückgeschlossen werden.

3) Da durch die Delation der hereditas dem Gewalthaber kein Recht erworben worden ist, steht es dem Delaten, d. h. also der zum Erben designirten Person (Z. 1) und nur diesem Delaten zu, durch Willenserklärung die hereditas delata in eine hereditas acquisita zu verwandeln.

Ob im Augenblicke der Erklärung der Delat hausunterthänig oder gewaltfrei ist, macht nur insoferne einen Unterschied, als der gewaltunterworfenen Delat blos jussu (ex jusso) patris dominive wirksam antreten kann, und zwar jussu desjenigen Gewalthabers, der im Augenblick der Antretung Gewalthaber ist (vgl. die Belegstellen unter Z. 2 und 6).

Dieser jussus ist nicht eine Antrittserklärung des Gewalthabers — sonst würde solcher nicht durch Widerruf, Tod, Geisteskrankheit des jubirenden Gewalthabers, sowie durch Gewaltwechsel vor der Erklärung des Delaten wirkungslos (vgl. hierüber unter d). Nicht eine Vollmacht zur Antrittserklärung für den Gewalthaber⁷⁾, oder auch nur zur Uebernahme der Erbschaftsschulden Namens des Gewalthabers — denn Ersteres würde voraussetzen, dass der Gewalthaber selbst antreten kann;

vgl. hiegegen L. 26 e. t. (Paulus lib. 2 ad Sab.) u. a. m. Letzteres, dass die Erbschaftsschulden von der Erbschaft getrennt wären, oder dass das bestimmende Moment in der Erbschaftsantretung die Uebernahme der Schulden wäre (vgl. hiegegen unten Ziff. 4. lit. 6). Nicht ein den Willen der gewaltunterworfenen Person aufhebender, beziehungsweise ohne Weiteres bestimmender Befehl: sonst könnte nicht L. 3 C. her. inst. 6. 24 (Imp. Alexander A. Vitali militi) in Beziehung selbst auf den Slaven aussprechen: potuit enim, quamvis jubente domino, nolle adire⁸⁾.

7) So Leist, B. Poss. II, 2. Abth., S. 325 fl., 331, indem er in der Antretung der gewaltunterworfenen Person eine doppelte Antretung, in eigenem Namen und im Namen des Vaters, unterscheidet und im jussus das mandatum (die Vollmacht) zu der Antretung Namens des Vaters sieht — hauptsächlich wohl in Folge des Umstandes, dass er die Verschiedenheit der Vollmacht (zur Stellvertretung) und der Ermächtigung ausser Acht lässt.

8) Dass der Gewalthaber thatsächlich in der Lage ist, den Willen der gewaltunterworfenen Person zu bestimmen, ändert das rechtliche Wesen des

Derselbe ist vielmehr eine Ermächtigung im technischen Sinne⁹⁾, d. h. die Erlaubniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes, das der Handelnde für sich und in seiner Rechtssphäre vornimmt, das aber seine begriffsgemässe Wirkung nicht entfalten kann, ohne in den Rechtskreis eines Dritten mildernd und belastend einzugreifen, und das deshalb ohne den Willen dieses Dritten nicht vorgenommen werden kann (vgl. hierüber Näheres im dritten Buche in der Lehre von der *actio quod jussu*). Einer solchen Ermächtigung bedarf nämlich die antretende *persona subjecta*, weil sie als *persona subjecta* die Erbschaft unmittelbar dem Erblasser erwirbt,

L. 79 e. t. (Ulp. lib. 2 ad leg. Jul. et Pap.) u. a. m.
die Erbschaft nicht bloß durch Aktiven, sondern auch durch das *aes alienum mortui* gebildet wird,

L. 3. pr. bon. poss. 37. 1 (Ulp. lib. 39. ad Edict.); L. 119.

V. S. 50. 16 (Pomponius lib. 3. ad Qu. Mucium)
dieses also auf den Gewalthaber übergehen muss;

L. 8 pr. acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 7 ad Sabinum) u. a. m.
die gewaltunterworfenen Person aber, von besonderen Gründen abgesehen, nicht befugt ist, den Gewalthaber zu verpflichten;

L. 6 pr. acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 6 ad Sab.): Qui in aliena potestate est, non potest invitum hereditati obligare eum in cujus est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur. vgl. ausserdem als Beleg dafür, dass die Römer den Grund des jussus in dieser Obligirung des Gewalthabers sehen L. 50, L. 51. § 1, L. 74. § 2 u. 3 e. t. (Modestinus, lib. sing. de Heur.; Africanus, lib. de Quaest.; Paulus, lib. 12 ad Plautium).

Im Einzelnen ist über den jussus noch anzufügen:

a) Der jussus ist eine einseitige Willenserklärung, die vom Gewalthaber selbst oder seinem gesetzlichen Stellvertreter, ausdrücklich oder stillschweigend, durch direkte Ermächtigung wie durch Beauftragung mit der Vornahme *concludenter Facten*, schriftlich wie mündlich ausgesprochen werden kann, ihrem Inhalte und

jussus nicht; erklärt aber, wie die Jurisprudenz bei einem Delaten, über dessen Statusverhältnisse gestritten wird, über die Zulassung und Ausdehnung rechtlicher Zwangsmittel debattiren kann; vgl. L. 21 C. jur. del. 6. 30.

9) Für den Ausdruck vgl. Jhering, Jahrb. II, 131.

Umfange nach sich nach dem Willen und insoferne präsumtiv nach dem Interesse des Gewalthabers bestimmt, sich aber doch immerhin speciell auf die in Frage stehende Erbschaft beziehen muss.

L. 25. §§ 4—13; L. 50, L. 51. § 1 acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 8 ad Sabinum; Modestinus und Africanus l. s. c.)

b) Der jussus erhält, obwohl formlos, dadurch eine gewisse Form, dass er vor der Antretung erfolgen muss.

L. 25. § 4 cit. sed *praecedere* debet, ut Cajus Cassius lib. 2. juris civilis scribit.

Indessen hat dieser Satz, wie es scheint, für die agnitio bonorum possessionis nie gegolten, wurde für solche vielmehr von jeher nur verlangt, dass der übereinstimmende Wille des Delaten und des Gewalthabers, die Erbschaft zu erwerben, binnen der Agnitionsfrist und neben der vorgehenden oder nachfolgenden Agnition constatirt werden müsse.

L. 6. § 1 acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 6 ad Sab.); L. 5 pr. quis ordo 38. 15 (Marcellus, lib. 9 Dig.); L. 1 C. qui admitti 6. 9 (Impp. Severus et Antoninus AA. Macrinae); L. 67 pr. ad S. C. Treb. 36. 1 (Maecianus lib. 5. Fideicomm.).

Diese Auffassung hat dann unter der Nachhülfe von Kaiserrescripten auch auf die Antretung der hereditas, wenigstens der Intestaterbschaft, Einfluss ausgeübt:

L. 6. § 2 und 3 acq. her. vgl. mit L. 13. § 3 und L. 14 e. t. und L. 67 pr. cit.,

so dass es schliesslich auch bei ihr nur noch auf die Constatirung des übereinstimmenden Willens von Hausvater und Hauskind angekommen zu sein scheint.

L. 6. § 3 l. c.; L. 4 C. jure del. 6. 30 (Imp. Decius A. Athenaidi).

Möglich, dass — wofür auch sonst manche Gründe sprechen ¹⁰⁾ — die hereditatis aditio der persona subjecta, von der ja im älteren

¹⁰⁾ Huschke, Studien des röm. Rechtes S. 254 f.; Mühlenbruch, im Comment. XLII, 398 f. Note 58; Leist, Bon. Poss. II. § 135 bei und in Note 13 u. 14.

Rechte immer nur bei testamentarischer Erbschaft die Rede sein konnte, nothwendig in der Form der *cretio* erfolgen musste, und dass sich aus dieser Form sowohl das Verlangen des *praecedere* überhaupt, als das Festhalten an solchem gerade bei der testamentarischen Erbschaft erklärt.

c) Ob der Hausvater den *jussus* ertheilen will oder nicht, steht in seinem freien Willen — ausser soweit die generelle Nöthigung, die Erbschaft wie angeboten und erwerbbar zu erwerben, die Möglichkeit der Verweigerung ausschliesst. Letzteres aber ist namentlich der Fall, wenn der Gewalthaber eine ihm selbst deferirte Portion derselben Erbschaft bereits angenommen,

L. 36 *acq. her.* (Pomponius, lib. 3 *ad Sabinum*)
oder einem anderen Hauskinde, dem eine Portion derselben Erbschaft deferirt worden ist, die Ermächtigung zu dem Antritte gegeben und, wie sicherlich beizusetzen ist, hiedurch einen Erbschaftsantritt herbeigeführt hat.

L. 35. § 2 *e. t.* (Ulp. lib. 9 *ad Sabinum*).

d) Der *jussus* wird, in Uebereinstimmung mit seinem Wesen und seiner Bedeutung, durch *poenitentia*, Tod, Geisteskrankheit des Gewalthabers, der ihn ertheilt hat, sowie durch das Aufhören der Gewalt, auf Grund deren er ertheilt worden ist, wirkungslos — vorausgesetzt, dass diese Ereignisse vor der *aditio* eintreten.

L. 25. § 14 und 15 *acq. her.*; L. 47, 48, 50 *e. t.* (Africanus, lib. 4 *Quaest.*; Paulus, lib. 1 *Manual.*; Modestinus, lib. sing. *de Heuremat.*); L. 62. § 1 *e. t. u. a. m.*

e) In Beziehung auf das Ausschlagen der Erbschaft durch den Delaten ¹¹⁾ wird ein *jussus* nicht erwähnt — in Uebereinstimmung einmal damit, dass die Delation dem Gewalthaber noch kein Recht verschafft und weiterhin mit dem oben auseinandergesetzten Begriffen des *jussus*.

Doch soll hiemit nicht gesagt sein, dass der Delat ohne Zustimmung des Gewalthabers die Delation durch *Repudiation* habe beseitigen können. Denn die oben angeführte

L. 3 *C. her. inst.* 6. 24

11) Mühlenthal, *Commentar XLIII*, S. 106 f.; vgl. auch Köppen, *a. a. O.* S. 393; Windscheid, *Pand.* § 599 bei und in Note 7.

sagt nicht, dass der Slave seinen Willen durch einseitige Repudiation zur Geltung bringen könne, und lässt immerhin die Erklärung zu, dass das *nolle adire* durch Nichtantreten binnen der Aditions- beziehungsweise Cretionsfrist zur Geltung komme.

Aber freilich lassen auch die übrigen Stellen Zweifel, indem L. 13. § 3. und L. 14 acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 7. und Paulus, lib. 2 ad Sab.) und L. 11 C. jure del. 6. 30 (Impp. Dioclet et Maxim. A. A. Philumenae)

Willensübereinstimmung der gewaltunterworfenen Person und des Gewalthabers zu verlangen, beziehungsweise die einseitige repudiatio nur einseitig wirken zu lassen scheinen; indem ferner

L. 1. § 3. succ. ed. 38. 9 (Ulp. lib. 49 ad Edict.)

die repudiatio des Vaters als wirksam aufführt; und indem endlich

L. 2 C. rep. b. p. 6. 19 (Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Theodoro)

diese repudiatio des Vaters als für den Haussohn unschädlich bezeichnet, sobald der Hausvater in fraudem filii ausschlage.

vgl. auch L. 8 pr. C. bonis quae lib. 6. 61 (Imp. Justinianus A. Joanni P. P.).

Möglich, dass die *variae altercationes*, deren die justinianische Constitution erwähnt, schon in der classischen Zeit und mit Beziehung auf die *hereditatis repudiatio* bestanden haben; möglich aber auch, dass diese *altercationes* zunächst durch eine Verschiedenheit in der Behandlung der *bonorum possessio* und *hereditas* und dann durch die allmähliche Anerkennung eigenen Vermögens der Kinder, beziehungsweise durch letztere Entwicklung allein hervorgerufen worden sind; möglich endlich, dass einzelne der Digestenstellen (namentlich L. 13. § 3 her. acq.) unter dem Einflusse von L. 8 pr. cit. interpolirt worden sind.

Am Wahrscheinlichsten ist immerhin die Annahme, dass die alsbaldige Wirksamkeit einer einseitigen Ausschlagung des Hauskindes von der Jurisprudenz durch den Satz paralysirt worden ist:

Is potest repudiare, qui et acquirere potest.

und dass so schon nach classischem Rechte für die *hereditas* in gewisser Beziehung ein Zusammenwirken des beiderseitigen Willens verlangt, eine Repudiationsbefugniss des Gewalthabers bei der *hereditas* dagegen nicht anerkannt worden ist; dass bei der *bonorum possessio* im Zusammenhange mit der unter b) angedeuteten An-

schauung die einseitige repudiatio des Gewalthabers Bedeutung gewonnen hat; und dass endlich mit der Ausbildung der bona adventitia die einseitige Wirkung des einseitigen Verzichtes hereingezogen worden ist.

f) Die Befugniss des Gewalthabers, die Ermächtigung (jussus) zu dem Erbschaftserwerbe zu gestatten oder zu verweigern, gestaltet sich zu dem Rechte, die Erbschaft Namens und statt des Delaten anzutreten, wenn solcher vermöge seines Alters völlig willensunfähig (infans) ist ¹²⁾.

Wenigstens ist diess für die bonorum possessio in Fragmenten aus classischer Zeit ausdrücklich ausgesprochen:

L. 7. § 2 b. p. 37. 1 (Ulp. lib. 1 ad Sabinum), L. 1. b. p. furioso comp. 37. 3 (Papin., lib. 15 Quaest.)

und scheint nach der Art und Weise, in welcher Theodosius dieser Befugniss erwähnt

L. 18 pr. C. jur. del. 6. 30: licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere.

mindestens gegen den Schluss der classischen Epoche auch für die hereditatis aditio gegolten zu haben. Dass früherhin in Beziehung auf die petitio bonorum possessionis dieselbe Controverse bestanden hat, welche in Beziehung auf die agnitio nomine furiosi nachweisbar ist — ob solche definitive oder nur provisorische Wirkung habe — ist zwar wahrscheinlich, lässt sich aber nicht mit voller Bestimmtheit bejahen: wäre es auch nur desswegen, weil die anscheinend verschiedene Entscheidung, die sich in den angeführten Stellen von Papinian und Ulpian bezüglich der Frist vorfindet, nicht nothwendig eine wirkliche Differenz in sich schliesst.

Ebenso ist nicht mit voller Sicherheit zu entscheiden, ob der parens die gleiche Befugniss der definitiven Erwerbung bezüglich des über die infantia hinausgekommenen, doch willensunfähigen Hauskindes (furiosus) noch in classischer Zeit erlangt hat — wenn auch

12) Mühlenbruch, a. a. O. XXXIX, 231 und namentlich XLII, S. 430 f., 443 f.; Leist, B. Poss. II, 2. S. 313 f., der namentlich die Differenzen in den Ansichten der römischen Juristen hervorhebt; Köppen, a. a. O. S. 394—403.

L. 7 pr. C. cur. fur. 5. 70

für die Bejahung spricht. Jedenfalls kann eine weitere Ausdehnung der Vertretungsbefugniß nicht angenommen werden, da nach

L. 18. § 4 C. jure del. 6. 30

die Befugniß selbst der impuberes infantia maiores, den Akt der Antretung in eigener Person vorzunehmen (adire hereditatem vel bonorum possessionem petere), im alten Rechte festgestanden ist;

vgl. auch L. 9 acq. her. 29. 2 (Paulus, lib. 2 ad Sab.).

g) Zu dem Rechte, die Erbschaft in eigenem Namen anzutreten, gestaltet sich die Befugniß des paterfamilias, wenn die Antretung durch das Hauskind in Folge des Todes desselben unmöglich geworden ist und vor diesem Tode der jussus oder die Antretung in Folge eines die Restitution rechtfertigenden Hindernisses unterblieben sind. So ist für einen bestimmten Restitutionsgrund ausgesprochen in

L. 30 pr. acq. her. (Ulp. lib. 8 ad Sabinum): Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset jubere adire in provincia agentem, Divus Pius rescripsit Consulibus, subvenire ei oportere mortuo filio, eo quod reipublicae causa aberat. vgl. dazu L. 86 pr. e. t. (Papinianus, lib. 6 Resp.)

aber ohne dass äussere oder innere Gründe nöthigen würden, die Entscheidung gerade auf den in der Stelle genannten Restitutionsgrund zu beschränken: sobald überhaupt die sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis nicht in der Zusammenfassung singulärer Specialentscheidungen besteht, sondern auf allgemeineren Grundsätzen beruht ¹³⁾.

h) Antreten ohne jussus ist singulärer Weise durch ein Rescript von Pius gestattet, wenn der Hausvater geisteskrank ist;

L. 52 pr. acq. her. 29. 2 (Marcianus, lib. 4 Inst.) ¹⁴⁾

13) Ueber L. 30 cit. vgl. Marezoll in der G. Z. II. S. 77 f.; Vangerow im civ. Archiv XXIV, S. 184 f.; Mühlenbruch im Commentar XLIII, S. 157 f. Ueber die Auffassung der sog. transmissio ex cap. in integrum restitutionis: Brinz S. 824 und die daselbst weiter angeführten Schriftsteller. Nicht richtig ist es, die Transmission der L. 30 cit. statt zur transmissio ex capite in integrum restitutionis zu der transmissio ex capite infantiae zu stellen, vgl. z. B. Arndts § 513.

14) Marezoll in G. Z. X, 89 f., der übrigens mit Unrecht die Worte

eine Stelle, aus welcher mit Unrecht ein sogenanntes *peculium adventitium irregulare* abgeleitet wird (vgl. hierüber unten in dem fünften Buche).

4) Der Erwerbsakt, der unter fortdauernder Ermächtigung (*jussus*) des präsenten Gewalthabers erfolgt, hat die Wirkung, dass die *hereditas* unmittelbar diesem Gewalthaber erworben wird: in der Weise und in dem Umfange, in welcher sie dem Gewalthaber als Delaten in Folge eigener Antretung derselben erworben worden wäre,

Gajus II. 87 .. et si jumentibus nobis adierit, hereditatem nobis acquirit proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. vgl. auch Ulp. XIX. 18 u. a. m.,

während, wenn zu der Zeit der Vornahme eines solchen Erwerbsaktes die Gewalt gelöst ist, der Delat selbst die Erbschaft erhält.

L. 82 acq. her. (Terentius Clemens lib. 16 ad leg. Jul. et Pap.); L. 4. leg. III. (Paulus, lib. 4 sentent.) u. a. m.

Jener Erbschaftserwerb des Gewalthabers ist nun

a) definitiv, nicht provisorisch und zwar weder materiell noch formell provisorisch, d. h. die Erbschaft verbleibt dem Gewalthaber, welche Aenderungen auch nach dem Erwerbe in der Person des Delaten beziehungsweise in den Gewaltverhältnissen eintreten mögen, und ist auch von ihm nicht etwa als Fideicommiss an den gewaltfrei gewordenen Delaten herauszugeben. Diess selbst für den Fall, dass die Antretung *durante potestate* nur in Beziehung auf eine *pars hereditatis* erfolgt, und eine weitere Portion der gewaltunterworfenen Person erst nach deren Freiwerden von der Gewalt deferirt wird. Denn wenn für einen solchen Fall Manche ¹⁵⁾ den Erwerb der ersten Portion wegfallen und die ganze Erbschaft dem gewaltfrei gewordenen Delaten auf Grund neuer Antretung erworben werden lassen, so beruht diese Ansicht auf einer unrichtigen Auslegung zweier allerdings ziemlich unklarer Fragmente. Wenn nämlich in dem ersten derselben

»atque si paterfamilias adisset« übersetzt: »wie wenn der paterfamilias angetreten hätte«, während sie besagen wollen: »wie wenn ein paterfamilias angetreten hätte«; Buchholz in derselben Zeitschr. XIV, 316 f.

15) Mühlenbruch, Comm. XXXIX, S. 216 f.; vgl. ausserdem zu den beiden Stellen die Glosse zu L. 35 pr. verbis: *Ex causa substitutionis* und den *Casus* zu L. 80 (79), sowie Cujacius Op. Omn. III, 339.

L. 80. § 2 acq. her. 29. 2 (Paulus, lib. 5 ad leg. Jul.).

Item si servus meus ex parte heres institutus sit pure, ex parte sub conditione, dato scilicet coherede, et jussu meo adierit, deinde eo manumisso condicio alterius portionis extiterit, verius est non mihi esse acquisitam illam portionem, sed ipsum comitari: omnia enim paria permanere debent in id tempus, quo alterius portionis condicio exstet (existet?), ut adquiratur ei, cui prior portio acquisita est.

Mühlenbruch ausgesprochen findet, dass der Erwerb, welchen der Herr auf Grund des ersten Antretungsaktes gemacht, als gar nicht erfolgt angesehen werde und der manumissus das Ganze erhalte: so ist diese Auffassung zwar recht wohl vereinbar mit den Decisivworten

non mihi esse acquisitam illam portionem,
aber nicht mit dem begründenden Schlusssatze, der nur dafür einen Grund aufführt, dass die zweite Portion nicht dem Erwerber der ersten erworben sein könne,

omnia enim acquisita est

und nicht mit dem Zusammenhange, der ebenfalls lediglich auf die Frage führt, ob die erste Antrittshandlung ohne Weiteres auch den Erwerb der zweiten Portion mit sich bringe,

vgl. L. 80 pr., § 1 und § 3, L. 81 ht.

Wird diess beachtet und weiter berücksichtigt, dass ille durchaus nicht immer den entfernteren von zwei Gegenständen bezeichnet, sondern häufig genug den eben in Frage stehenden Gegenstand, so ist es sicherlich richtiger, die herausgehobenen Decisivworte nicht auf die erste, unbedingt deferirte, sondern auf die zweite bedingt deferirte Portion zu beziehen. Geschieht aber diess, so besagt die Stelle nur, dass unter den angeführten Voraussetzungen durch den Erwerb der unbedingten Portion die bedingte Portion nicht im Voraus mit erworben werde, also auch nicht an den Gewalthaber komme, sondern von dem inzwischen freigewordenen Delaten für sich erworben werden könne. Die Entscheidung steht dann im Gegensatze und hiemit in natürlichem Zusammenhange mit dem an die Spitze der Lex gestellten Satze und seinen Consequenzen, und findet in dem Schlusssatze ihre adäquate Begründung. Denn solcher besagt: die Anwendbarkeit des Prinzipes (pr. h. t.) setze

voraus, dass der Sachverhalt zur Zeit des Anfalles der bedingten Portion derselbe sei, wie zur Zeit des Erwerbes der unbedingten. Der Zusammenhang mit dem § 3 aber ist dadurch gegeben, dass wenn die erste Antretung auf die zweite Portion nicht wirkt, selbstverständlich eine weitere Antretung erforderlich ist; dieser selbstverständlichen Consequenz aber Paulus beifügt: er seiner Seits verlange immer, wenn es sich um Erwerb per alium handle, nicht bloß bei Aenderung in den Gewaltverhältnissen, einen zweiten Erwerbsakt. Die zweite hierher gezogene Stelle

L. 35 pr. e. t. (Ulp. lib. 9 ad Sab.): idem dico et si filius familias vel servus jussu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus vel manumissus ex causa substitutionis adeant: erunt namque heredes: sunt enim appendices praecedentis institutionis.

hat, wie Mommsen sagt, und wie nach dem Zusammenhange mit dem vorausgehenden und nachfolgenden Satze sowie nach der inneren Konstruktion allerdings wahrscheinlich ist, möglicher Weise eine Interpolation erlitten, und mag ursprünglich gelautet haben

.. non adeant: erunt namque heredes nihilominus ...

In diesem Falle ist Ulpian anderer Ansicht als Paulus, aber nur insoferne, als er die Wiederholung des Antretungsaktes auch bei in der Zwischenzeit erfolgenden Aenderungen in den Gewaltverhältnissen und hiedurch bedingter Erwerbung der Substitutionsportion für den emancipatus oder manumissus nicht als nothwendig ansieht. Die Annahme Mühlentrucks dagegen, welcher in den Worten »erunt namque heredes« ausgesprochen findet, dass emancipatus und manumissus die ganze Erbschaft (Institutions- wie Substitutionsportion) erhalten, ist weder bei diesem noch bei dem interpolirten Texte gerechtfertigt. Denn sie ist unvereinbar mit dem schliesslichen Motive:

sunt enim appendices praecedentis institutionis.

welches zweifellos das Hauptgewicht der Institution, nicht der Substitution, beilegt. Im Uebrigen besagt die Stelle auch nach der Interpolation, dass die Antretung der Institutionsportion für den Erwerb der Substitutionsportion massgebend sei: aber sie lässt einmal die erstere nicht ipso jure wirken, sondern nöthigt nur

den emancipatus, der die Institutionsportion angetreten hat, zur Antretung auch der Substitutionsportion; — hierin liegt die Ausgleichung mit L. 80. § 2 und 3 cit. — und sie lässt weiterhin die Substitutionsportion nicht dem Gewalthaber erworben werden, sondern dem emancipatus — hierin stimmt L. 35 pr. cit. von Vorneherein mit L. 80. § 2 cit. überein.

Freilich liegt in diesem Resultate dem ersten Anscheine nach eine doppelte Abweichung von der Regel, welche für gewaltfreie Delaten gilt;

L. 60. § 5 her. inst. 28. 5 (Celsus lib. 16 Dig.), L. 35 pr.,

L. 76 pr., L. 81 acq. her. (Ulp. lib. 9 ad Sabin. u. lib. 13

ad leg. Jul. et Pap.; Javolenus lib. 4 Epist.) u. a. m.

allein die erste — dass zwei verschiedene Personen die Erbschaft erhalten — ist in Wahrheit keine Abweichung (vgl. hierüber unten lit. c.), und die zweite — dass für die Regel keine zweite Antretung verlangt wird, hier aber eine solche nothwendig, wenn auch nicht in den freien Willen des Delaten gelegt ist — wird noch von Ulpianus (L. 80. § 3 cit.) keineswegs als eine feststehende Anschauung aufgeführt, und würde nach der oben besprochenen Ansicht über den ursprünglichen Text von L. 35 pr. cit. unter Anderen von Paulus nicht angenommen worden sein.

Der Erbschaftserwerb des Gewalthabers ist weiterhin

b) Erwerb der Erbschaft als eines universum jus — einer Einheit, deren integrirende Bestandtheile die einzelnen Aktiven und Passiven des Erbschaftsvermögens sind.

Diess zeigt sich namentlich darin, dass das aes alienum hereditarium nur den Gewalthaber, diesen aber unbedingt, also nicht bloß de peculio u. s. f., verpflichtet. Denn die gewaltunterworfenene Person ist vollkommen verpflichtungsfähig (vgl. hierüber § 36 flg.). Der Erwerbsakt müsste deshalb zunächst die gewaltunterworfenene Person verpflichten, wenn dieser Akt die einzelnen Nachlassbestandtheile für sich ergreifen, also in anderer Weise verpflichten würde, als dadurch, dass er den Erwerb der hereditas vermittelt, welche auch das aes alienum hereditarium umfasst.

Ist dagegen die hereditatis aditio prinzipiell Erwerbsakt und nur in unselbstständiger Consequenz des Inhaltes des Erwerbsgegenstandes Verpflichtungsakt, so ist es der Regel völlig ent-

sprechend, dass derselbe von Vorneherein nur den Gewalthaber, nicht die gewaltunterworfenene Person ergreift (*directo tenetur jure*).

Der Ausgangspunkt für diese Argumentation aber erweist sich einmal durch

L. 74. §§ 2 und 3 *her. acq.* (Paulus, lib. 12 ad Plaut.)

dann und namentlich durch

Gajus III. 84 (vgl. hiezu unten lit. c.).

c) Erwerb der Erbschaft und nur Erwerb der Erbschaft d. h. der Gewalthaber nimmt zwar in Beziehung auf die *hereditas acquisita* vollkommen die Stelle des Erben ein,

proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus (Gajus II.

87 vgl. auch L. 10. § 1 *acq. dom. u. a. m.*)

und wird in sofern wohl auch *heres* genannt:

Gajus III. 84, dessen Text allerdings gerade in den hier relevanten Parthien *corrumpit* ist; II. 188 (§ 1. J. *hered. inst.* 2. 14.) u. a. m.

Aber er gilt doch auch nach der Erwerbung der Erbschaft nicht als Derjenige, der zur Erbschaft berufen war und der in Folge dieser Berufung die Stelle des Erblassers eingenommen hat, nicht als *heres* in diesem technischen Sinne ¹⁶⁾. *Heres* in diesem Sinne ist und bleibt vielmehr die gewaltunterworfenene Person. Diess findet einige Unterstützung in der mehrfach wiederkehrenden Ausdrucksweise, dass der Gewalthaber die Erbschaft erwerbe

proinde atque si ipse heres institutus esset. Gajus II. 87; § 3.

J. p. q. p. 2. 9; L. 10 § 1 *dom. acq.* 41. 1.

und darin, dass regelmässig als der Effekt der *aditio servi filii* in der Person des Gewalthabers nicht das *heredem fieri*, sondern das Erwerben der *hereditas*, des *commodum hereditatis* genannt wird.

Gajus II. 87 (§ 3. J. p. q. p. 2. 9.); L. 6. § 4 und 5; L. 79

pr. acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 6 ad Sab. und lib. 2 ad leg.

Jul. et Pap.); L. 11 *leg. I.* u. a. m.

Die eigentliche Nöthigung zu der Annahme aber liegt nicht in diesen Redeweisen, sondern in einzelnen Entscheidungen, welche sich anders als durch einen derartigen Ausgangspunkt nicht erklären lassen. Dahin gehört einmal die

16) A. M. z. B. Pagenstecher in der Krit. Zeitschrift I, S. 34.

L. 11 leg. I (Papinianus lib. 9 Quaest.)

welche zunächst constatirt, dass dem Gewalthaber kein Legat, sondern nur ein Fideicommiss auferlegt werden kann;

vgl. auch Ulp. fragm. XXIV § 21 und XXV § 10

welche weiterhin feststellt, dass das Recht des Quartabzugs nicht in der Person des Gewalthabers, sondern in der gewaltunterworfenen Person begründet ist, und eben desswegen keinen Quartabzug gestattet, wenn dem Gewalthaber zu Gunsten der betreffenden persona subjecta ein Fideicommiss auferlegt ist; welche endlich überdiess in der Begründung mehrfach auf die Erbenqualität des filius hinweist:

quoniam ex persona filii teneretur . . . quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset ac pater non ut heres, sed ut pater rogari videtur ¹⁷⁾).

Dahin gehört weiterhin die oben (lit. a) angeführte Entscheidung von

L. 35 pr. und L. 80 § 2 her. acq. 29. 2.

Dahin die Entscheidung der

L. 7 § 4 bonis damn. 48. 20 (Paulus lib. sing. de port.)

welche in Folge eines Indignitätsgrundes, der in der Person des Hauskindes eintritt, die Erbschaft verlustig gehen lässt. Dahin endlich und namentlich die Entscheidung von

L. 34 § 8 solut. 46. 3 (Julianus lib. 54 Dig.): Quidam filium familias, a quo fidejussorem acceperat, heredem instituerat: quaesitum est, si jussu patris adisset hereditatem, an pater cum fidejussore agere posset. Dixi, quotiens reus satisfaciendi reo satis accipiendi heres existeret, fidejussores ideo liberari, quia pro eodem apud eundem debere non possent.

Diese letztere am Meisten beweisende Entscheidung ¹⁸⁾ kann nämlich nicht darauf beruhen, dass der Haussohn dem Hausvater überhaupt keinen Bürgen stellen könne: denn nach allgemeinen Grundsätzen und ausdrücklichen Quellenstellen kann diess allerdings geschehen —

17) Ueber die L. 11. leg. I. vgl. Vangerow, Anm. 1 zu § 521.

18) Ueber die L. 34. § 8 solut. vgl. von der Pfordten, Abhandlungen S. 165 f., der solche richtig aus dem Erbwerden des Hauskindes erklärt, aber unrichtig weitere Vermittlung des Erlöschens durch Confusio annimmt.

L. 3 § 7 pec. 15. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edict.)

aber auch nicht darauf, dass durch den Erbschaftsantritt eine Confusion der Hauptschuld eingetreten und in Folge der Confusion der Hauptschuld die Bürgschaftsschuld erloschen sei: denn eine solche Confusion würde voraussetzen, dass der Haussohn mindestens einen Augenblick Gläubiger gewesen, also die hereditas für sich erworben hätte; diess aber ist wiederum nach ausdrücklichen Quellaussprüchen und nach allgemeinen Grundsätzen nicht der Fall.

L. 79 acq. her. (Ulp. lib. 2 ad leg. Jul. et Pap.); L. 91

§ 6 leg. I. (Julianus lib. 36 Dig.). Vgl. auch unten § 18.

Ist dagegen der testamentarisch berufene filius familias, der die Erbschaft angetreten hat, heres des Gläubigers, so ist jedenfalls soviel richtig, dass die Fortdauer der Bürgschaft ein debere pro eodem apud eundem zur Folge haben würde: denn das principale Wesen des Erbwerdens besteht gerade darin, dass der Erbe in locum mortui succedit, d. h. den Ueberlebenden gegenüber die Person des Verstorbenen repräsentirt. Darin aber dass ein debere pro eodem apud eundem nicht möglich sei, — also im materiellen Zwecke der Bürgschaft und dessen Unerfüllbarkeit, nicht in der Confusion — liegt nach Julians eigener Angabe das schliessliche Motiv seiner Entscheidung.

vgl. ausserdem L. 21 § 3 fidej. 46. 1 (Africanus lib. 7

Quaest.); L. 71 pr. e. t. (Paulus lib. 4 Quaest.)

Soll diese Erklärung zulässig sein, so muss freilich einmal das Wesen des Erbwerdens nicht aufgehen in der Succession in den Nachlass, sondern in erster Linie successio in locum mortui, und erst folgeweise unter Anderem auch Succession in das Vermögen sein; und muss weiterhin der Nichtübergang des Erbeseins auf den Gewalthaber mit der das römische Familiengüterrecht beherrschen den Regel verträglich sein.

Der Nachweis der ersten Voraussetzung kann nun hier nicht geliefert, muss vielmehr auf die Bemerkungen beschränkt werden, dass die Quellen selbst nicht selten das Erbwerden mit dem Ausdrucke in locum alicujus succedere umschreiben,

vgl. nam. Gajus IV. 34; aber auch L. 5 § 1 pro suo 41. 10.

(Neratius lib. 5. Membran.) u. a. m.

und den Ersatz der Person des Verstorbenen durch den Erben hervorheben;

L. 22 usurp. 41. 3 (Javolenus lib. 7 Epistol.); L. 59 R. J. (Ulp. lib. 3 Disp.) u. a. m.

dass weiterhin die Folgen des Erbwerdens allerdings nicht aufgehen in der Succession in das Vermögen, aber durchaus daraus, dass der Erbe überhaupt an die Stelle des Erblassers getreten ist, sich ableiten lassen (vgl. hierüber auch unten im § 23); dass ferner der Begriff der Universalsuccession durch die Basirung auf die successio in locum mortui entschieden an Fasslichkeit und Richtigkeit gewinnt; und dass endlich gewisse principale Sätze und Institute des römischen Erbrechtes — wie namentlich die sogenannte Untheilbarkeit des Erbrechtes, der Ausschluss der Concurrenz von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge, das Accrescenzrecht und dessen Verhältniss zu der Möglichkeit einer quotativen Berufung — von jenem Ausgangspunkte aus schärfer und richtiger zu erklären sind, als wenn von Vorneherein die hereditas und deren Einheitlichkeit ins Auge gefasst wird.

Die zweite Voraussetzung trifft zu, sobald das Erbesein nicht als ein Recht, sondern lediglich als ein dem Berufensein parallel laufendes Factum aufgefasst werden darf:

quia facta non transeunt ad dominum.

Auch diese Annahme kann nicht hier nachgewiesen werden, möchte aber keinen erheblichen Anständen unterliegen: lässt sich doch für ein subjectives Privatrecht des Erben neben den einzelnen Rechten und Verpflichtungen, die das Erbwerden mit sich bringt, kein Inhalt auffinden, und ist doch die hereditatis petitio, in der etwa der Rechtsschutz des Verhältnisses gefunden werden möchte, ihrer ganzen Anlage nach, namentlich nach Voraussetzungen und Inhalt der Condemnation, Klage auf die Erbschaft (das nachgelassene Vermögen) und nur auf die Erbschaft ¹⁹⁾.

19) Ueber Existenz, Inhalt und juristische Natur des Erbrechtes (hereditas acquisita) vgl. Vangerow, Pand., Anm. zu § 113; Windscheid, Pand. § 137. Note 6, welche die ältere Theorie eines dinglichen Rechtes an der hereditas festhalten (übrigens auch Windscheid, § 605. Note 13); weiterhin Puchta, Pand. und Vorlesungen § 446, Vering, Erbrecht S. 73 f., Neuner, her. inst. ex re certa S. 1 f., Arndts Pand. § 464, woselbst

§ 14. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einerseits des Hauskindes andererseits des Hausvaters (der Wille des Hauskindes).

Der Erwerbsakt ist in den vorhergehenden Paragraphen durchweg als in der Person des Hauskindes eintretend gedacht: als Rechtsgeschäft des Hauskindes, soweit er überhaupt in einem Rechtsgeschäfte besteht. Diese Auffassung, die neben den angeführten Quellenstellen eines besonderen Beweises nicht bedarf, bringt von selbst mit sich, dass den zum Eintritte des Erwerbsaktes, zur Existenz des Rechtsgeschäftes nöthigen Willensentschluss das Hauskind und nicht der Hausvater fassen und äussern muss. Abgesehen aber davon, dass nicht alle Folgen dieses Ausgangspunktes ebenso selbstverständlich sind, wie der Ausgangspunkt selbst, legt

mit mehr oder weniger Schärfe das Wesen des Erbrechtes in der Uebernahme der Person, der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen gesehen wird; Unger, östr. Privatrecht § 2, nam. Note 11 und § 40, der ein statusähnliches absolutes Recht der Nachfolgeschaft annimmt; endlich Brinz, Pand. S. 654 f., Köppen, Erbrecht S. 249 f., nam. Note 3, welche die Existenz eines subjektiven Erbrechtes, das einer Seits vom Erbfolgerecht, anderer Seits von den einzelnen zur Erbschaft gehörenden Rechten geschieden wäre, verneinen. — So richtig die letztangeführte Verneinung ist, soweit es sich um das Recht am Gesamtvermögen handelt; so wenig ferner das Hereinziehen der Persönlichkeit und Person des Verstorbenen erforderlich und förderlich ist, um die vermögensrechtliche Folge des Erbwerdens zu begreifen (vgl. in dieser Beziehung auch meine Bemerkungen im civ. Archiv LI, S. 85 f. und in der Schrift: Ueber Wesen und Begriff des Peculium S. 13 u. 14): so lässt doch gerade die ausschliessliche Betonung der Succession in das Vermögen, die fast in allen den angeführten Schriften sich findet, das Wesen des Erbwerdens nicht zu seinem vollen Rechte kommen (vgl. in dieser Beziehung namentlich Neuner, a. a. O. S. 28 fl.), und scheint insoferne die Auffassung Ungers a. a. O., der ein Recht von Vermögen oder an der Person läugnet und doch ein fortdauerndes Recht annimmt, gerechtfertigt. Allein es lässt sich nicht erweisen, dass das Erbesein als ein Recht oder auch nur als ein faktisches Verhältniss mit selbstständigem Rechtsschutz (Rechtsverhältniss) aufgefasst worden wäre: wogegen die Auffassung desselben als eines fortdauernden und fortwirkenden Factums auf keine unüberwindlichen Schwierigkeiten stösst. Das Factum aber — getrennt von den einzelnen rechtlichen Folgen: dem Uebergange des Vermögens und dergleichen — ist die Thatsache, dass der Erbe an die Stelle des Erblassers getreten ist; vgl. auch in letzterer Beziehung Brinz, S. 656, Unger § 2 bei und in Note 5.

die Wirkung des Erwerbsaktes — der Eintritt des Erwerbes für den Gewalthaber — die Frage nahe, ob diese Wirkung von der gewaltunterworfenen Person oder vom Gewalthaber oder von beiden gewollt sein muss?

I. Das Hauskind muss den zur Existenz des Erwerbsaktes nöthigen Willensentschluss fassen und äussern. Ist diess der Fall, so ist es gleichgültig, ob dasselbe den Erwerb für sich oder den Gewalthaber machen will, den Erwerbsakt in eigenem Namen oder in dem Namen des Gewalthabers vornimmt. Nimmt dasselbe dagegen den Erwerbsakt für einen Dritten vor, so ist solcher entweder ungültig oder bewirkt den Erwerb für diesen Dritten.

1) Der erste der angeführten drei Sätze besagt zunächst, dass die zur Existenz eines Geschäftes wesentlichen Entschlüsse von der gewaltunterworfenen Person gefasst und geäussert werden müssen; folgeweise aber auch, dass Zustände und Ereignisse, welche den Willen als einen mangelhaften und unwirksamen erscheinen lassen — wie *dolus*, *metus*, unter Umständen *error* —, wenn solche in der gewaltunterworfenen Person zutreffen, das Geschäft in derselben Weise als nichtig beziehungsweise anfechtbar erscheinen lassen, wie wenn diese Mängel der Willensbestimmung bei einem von der gewaltfreien Person abgeschlossenen Geschäfte in dieser Person und in deren Entschlusse vorhanden sind. So in Beziehung auf den *error*,

L. 12. contr. emt. 18. 1 (Pomponius lib. 31. ad Qu. Mucium): In hujusmodi autem quaestionibus personae ementium vel vendentium spectari debent, non eorum, quibus adquiritur ex eo contractu actio; nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit.

in Beziehung auf den *dolus*,

L. 4. § 17 doli exc. 44. 4 (Ulp. lib. 76 ad Edictum)
welche Stelle den *dolus*, um den es sich hier handelt, d. h. den *dolus*, der einen Mangel der Willensbestimmung mit sich bringt, ohne Unterscheidung berücksichtigt wissen will:

.. sed de servorum et filiorum dolo, si quidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio ob-

jicienda est. Si autem non ex peculiari causa, tum de eo dumtaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio quod geritur ... (vgl. über den sonstigen Inhalt der Stelle unten).

Aber auch sonstiges Wissen und Wollen oder Nichtwissen und Nichtwollen, das zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes verlangt wird, muss in der gewaltunterworfenen Person vorhanden sein. So die Unkenntniss der Mängel der gekauften Sache, die für die Entstehung der redhibitorischen Ansprüche erforderlich ist.

L. 51. *aed. ed. 21. 1.* (Africanus lib. 8 Quaest.). Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi . . . spectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit ¹⁾ vgl. auch e. l. § 1.

So die nöthige Willensbestimmtheit und Willenssicherheit bei der hereditatis aditio.

L. 30. § 7. *acq. her. 29. 2.* (Ulp. lib. 8. ad Sab.)

So die erforderliche Unbekanntschaft mit den wirklichen Statusverhältnissen, wenn der Kauf eines Freien einen Ersatzanspruch erzeugen soll — wenigstens nach

L. 16. § 3. *lib. causa 40. 12.* (Ulp. lib. 55. ad Edict.): Quare si filius familias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisiit patri actionem: hoc si peculiari nomine egerit (emerit?).

während die unmittelbar folgende

L. 17. *e. t.* (Paulus lib. 51. ad Edictum) ²⁾ in den Schlussworten:

1) Ueber L. 51 cit. vgl. Cujacius I, 1498; Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.), S. 119 f.; Glück, Commentar XX, S. 51 f.; Buchka, Stellvertretung S. 14 f., 58 f.; Jhering in seinem Jahrb. I, S. 291; Schmid, Cession II, S. 147 f. Ueber den hieher bezüglichen Theil der Stelle ist kaum ein Zweifel möglich. vgl. aber auch unten S. 127 fg.

2) Ueber L. 16 u. 17 cit. vgl. Cujacius V, 684; Mühlenbruch, Cession S. 126 f.; Buchka, Stellvertr. S. 14 f., S. 59 f.; Schmid, a. a. O. II, 141, 187, 399, 409. Die fast allgemein postulierte, mit den Basiliken nicht vereinbare Aenderung des Textes der L. 17 cit. (Contra *procuratorem* autem si etc.) ist nicht geboten: Ulpian führt in L. 16. § 3 ausdrücklich an, dass

contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.

die entgegengesetzte Ansicht vertritt, die sich an die unter Z. 3 zu besprechende Auffassung anschliesst; und diese entgegengesetzte Ansicht in der

L. 2. lit. 44. 6 ^a)

für einen andern Anwendungsfall selbst von Ulpian (lib. 6. fidei-comm.) festgehalten wird; im Uebrigen aber in der Compilation ausdrücklich und zwar gerade durch Aufnahme Ulpianischer Stellen verworfen ist.

L. 16. § 3. cit.: ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat: et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet.

L. 22. § 5. e. t. (Ulp. lib. 51. ad Edictum) Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere *Labeo* putat.

Eine andere Frage ist, ob nicht neben der erforderlichen Kenntniss beziehungsweise Unkenntniss in der gewaltunterworfenen Person die gleiche Kenntniss beziehungsweise Unkenntniss in der Person des Gewalthabers verlangt wird. Sie ist unten unter II. (und zwar mit einer gewissen Unterscheidung) zu beantworten. Die hier aufgeworfene Frage dagegen ist nach der in der Compilation adoptirten Ansicht unterschiedslos dahin zu entscheiden, dass der Mangel der betreffenden Voraussetzung in der gewaltunterworfenen Person den Eintritt der betreffenden Rechtswirkung unbedingt hindert.

2) Das Erwerbsgeschäft des Hauskindes bewirkt Erwerb für den Hausvater, auch wenn die Absicht des Hauskindes, dem

über die Beantwortung der vorliegenden Frage eine Controverse bestehe (ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat); zur Beleuchtung dieser Controverse wird dann in der paulinischen Stelle die Ansicht eines Gegners aufgenommen.

3) Ueber L. 2 litig. 44, 6 vgl. *Mühlenbruch*, Cession S. 128, Note 128; *Buchka*, Stellvertr. S. 15, N. 17, welche die Entscheidung daraus erklären wollen, dass es sich um eine Strafe handle — im Widerspruche mit dem ersten Theile der Stelle; *Jhering* in seinem Jahrb. I, 290. Note 28, der im zweiten Theile der Stelle den *servus* als Boten (Uebermittler der Willenserklärung) angesehen wissen will; vgl. hierüber unten II, 1.

Hausvater zu erwerben, nicht ausgesprochen wird, ja selbst wenn solche gar nicht vorhanden ist.

Diess ergibt sich mit Sicherheit daraus, dass der Erwerb für den Hausvater auch dann eintritt, wenn das Erwerbsgeschäft ausdrücklich auf den Namen des Hauskindes beziehungsweise einer anderen in derselben Gewalt befindlichen Person, und wenn es ohne Angabe des Erwerbers (impersonaliter) abgeschlossen wird — wie diess in einer Reihe von Stellen namentlich in Anwendung auf die Stipulation ausgesprochen

§ 1 J. stip. serv. 3. 17. Sive autem domino sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter servo stipuletur, domino acquirit. Idem juris est et in liberis, qui in potestate patris sunt

vgl. L. 1 pr. und § 3 stip. serv. 45. 3 (Julianus lib. 52 Dig.); L. 4 e. t. (Ulp. lib. 21 ad Sab.); L. 15 e. t. (Florentinus lib. 8 Inst.); L. 40 V. O. 45. 1 (Pomponius lib. 47 ad Sabinum).

und überdiess in all den Stellen vorausgesetzt wird, die von der immer proprio nomine vorzunehmenden hereditatis aditio (cretio) sprechen.

Und wenn etwa angenommen werden wollte, dass der Haussohn auch da, wo er sibi vel sine adiectione ein Geschäft abschliesse, in Folge seiner ihm nothwendig bewussten Vermögensunfähigkeit immer den Erwerb für den Gewalthaber beabsichtige, so stehen dieser Einwendung die Stellen entgegen, welche den Gewalthaber auch in Fällen erwerben lassen, in denen die entgegengesetzte Absicht der gewaltunterworfenen Person auf der Hand liegt; wie

L. 40 stip. serv. (Pomponius lib. 33 ad Quintum Mucium); L. 10. § 4 acq. dom. 41. 1 (Gajus lib. 2 Inst.); L. 54 § 4 e. t. (Modestinus lib. 31 ad Quint. Mucium); L. 4 acq. poss. 41. 2 (Ulpian. lib. 67 ad Edictum).

Der Wille der gewaltunterworfenen Person ist also — da die eingehenden und interessanten Vorschriften über den Erwerb durch servi communes, fructuarii, durch servi und liberi, qui bona fide serviunt u. s. f. in Ermangelung analoger Verhältnisse auf den Erwerb durch Hauskinder weder direkte noch indirekte Anwendung

finden ⁴⁾ — für den Erwerb selbst nur in der unter Z. 3 näher zu erörternden Richtung von Bedeutung. Dass dagegen für den Inhalt des zu erwerbenden Rechtes und im Zusammenhange hiemit für die Gültigkeit des Erwerbsaktes die Beziehung des letzteren auf die individuelle gewaltunterworfenen Person allerdings noch eine weitere Bedeutung erlangen kann, ist in § 10 (III. 1) aufgeführt worden.

3) Während die Beziehung des Erwerbsaktes auf den Gewalthaber, oder auf in derselben Gewalt stehende Person durchaus zulässig ist (Z. 2), tritt rücksichtlich der Beziehung derselben auf andere Personen (extranei) dieselbe Regel ein, die für die Erwerbsakte gewaltfreier Menschen gilt.

Es steht nämlich

a) fest, dass bei den Erwerbsakten, welche die gewaltfreie Person nicht als eigentlicher Stellvertreter eines Dritten (*alieno nomine*) vornehmen kann, auch dem Hauskinde ein *agere alieno nomine* nicht möglich ist und dass die gegen diese Regel verstossenden Akte nichtig sind. Diess ist namentlich für die *stipulatio* in einer Reihe von Stellen ausgesprochen

L. 30 *stip. serv.* 45. 3 (Paulus lib. 1 ad Plaut.): *Servus alienus alii nominatim stipulando non acquirit domino.* vgl. ausserdem Gajus III. 103 (§ 4 J. *inut. stip.* 3. 19) u. a. m. und in's Detail durchgeführt: z. B. für Stipulationen auf den Namen des kriegsgefangenen Hausvaters, die als von Anfang an nichtig betrachtet werden sollen, wenn der Hausvater in der Kriegsgefangenschaft stirbt;

L. 18. § 2 *stip. serv.* 45. 3 (Papinianus lib. 37 *Quaest.*) für Stipulationen, die neben einander den Gewalthaber und einen Dritten nennen, und bei denen die Sabinianer diesen Dritten streichen, um die ganze *stipulatio* aufrecht zu erhalten, die Proculenjaner und mit ihnen späterhin Justinian dagegen consequent proportionelle Ungültigkeit annehmen;

vgl. Gajus III. 103 (dazu L. 64 *cont. emt.* 18. 1 — Javolenus lib. 2 *Epist.*) einer Seits; — L. 110 *pr. V. O.* 45. 1 (Pomponius lib. 4 ad Quintum Muc.) anderer Seits; und entscheidend § 4 J. *inut. stip.* 3. 19.

⁴⁾ Zimmermann, Röm. Rechtsgeschichte II, § 185; Kuntze, *Cursus I*, § 749.

für Stipulationen auf den Namen des künftigen Erben, die wenigstens von einem Theile der Juristen (Proculus, Papinianus, Paulus) für nichtig, und von den anderen (Cassius, Gajus, Modestinus) nur desswegen für gültig erklärt werden, weil der heres futurus unter der Voraussetzung der Erbschaftserwerbung von Anfang an dem servus hereditarius gegenüber nicht extraneus ist ⁵⁾).

L. 16, L. 18 § 2, L. 28 § 4, L. 35 stip. serv. 45, 3.

Dieser Regel würde entsprechen, dass

b) da, wo das classische Recht eigentliche Stellvertretung zulässt — namentlich in dem durch Besitzerwerb vermittelten Eigenthumserwerbe, und bei der Begründung derjenigen Forderungsrechte, zu deren Entstehung Vermögensübergang erforderlich ist (condictio ex mutuo u. s. f.) — die gewaltunterworfenen Person auch einem Dritten erwerben könnte. Indessen will es scheinen, als ob nach der Auffassung des römischen Rechtes eine solche Beseitigung des gesetzlichen Erwerbes des Gewalthabers durch den Willen der gewaltunterworfenen Person nicht möglich gewesen wäre. Wenigstens finden sich zwar Stellen, welche die gewaltunterworfenen Person als institutor, procurator u. s. f. eines Dritten aufführen;

L. 17 § 1 inst. act. 14. 3 (Paulus lib. 30 ad Edictum)
u. a. m.

dagegen, soweit zu sehen, keine Belege dafür, dass eine solche persona subjecta Besitz, Eigenthum, Condiktionen u. s. f. direkt ihrem Auftraggeber erworben hätte; sprechen die Stellen, welche den Erwerb durch Stellvertreter zulassen, überall und nicht ohne Betonung — die freilich auch in einem anderen Gegensatze ihren Grund haben kann — von den liberae personae, durch welche erworben werden könne;

L. 20. § 2 acq. dom. 41. 1 (Ulp. lib. 29 ad Sab.); L. 126.
§ 2 V. O. 45. 1 (Paulus lib. 3 Quaest.); Paulus V. 2. § 2
und § 5 J. p. q. p. 2. 9.

denken sich ferner diejenigen Fragmente, welche der eigentlichen Stellvertretung (nominatio) beziehungsweise der Beauftragung (jussus) eines Slaven erwähnen, und die betreffenden Verhältnisse normi-

5) Das Nähere über die Controverse, welche, wie die ganze Frage, nur bei Slavenstipulationen möglich ist, und deshalb im Einzelnen nicht hieher gehört, vgl. bei von Scheurl, Beiträge I, 61 f.

ren, den Geschäftsherrn beziehungsweise Auftraggeber immer als an der Gewalt über den Sklaven Theil habend;

Gajus III. 167; L. 5 und 6. stip. serv. 45. 3. (Ulp. lib. 48. ad Sab. und Pomponius lib. 26. ad Sab.) u. a. m.

wird weiterhin bei der Regulirung des Erwerbes des in mehrfacher Gewalt stehenden Sklaven so consequent der Erwerb durch Stipulation und der Erwerb durch Tradition, beziehungsweise Mancipation in Parallele gestellt, dass an ein, wenn auch nur secundäres Eingreifen verschiedener Grundsätze wohl nicht gedacht werden kann;

L. 37. § 2 fl. dom. acq. 41. 1. (Julianus lib. 44. Dig.);
Gajus III. § 167. u. a. m.

und ist endlich die Ungültigkeit einer Sachempfangnahme für einen Anderen als den Gewalthaber ausnahmslos ausgesprochen in

L. 37. § 4. cit.: Quod unius servus per traditionem accipiendo se accipere dixerit domino et Titio, partem domino adquiret, in parte nihil agit.

Unter der Voraussetzung der Richtigkeit dieser Annahme⁶⁾ ist das Prinzip, das den Erwerb des Gewalthabers durch die gewaltunterworfenen Person statuirt, von so absoluter Wirkung, dass es der gewaltunterworfenen Person unmöglich ist, als eigentlicher Stellvertreter eines Dritten in Erwerbsakten mit Wirksamkeit thätig zu werden, und dass unterschiedslos jeder Erwerbsakt, der auf den Namen eines extraneus vorgenommen wird, nichtig ist.

Natürlich hindert diess aber

e) die gewaltunterworfenen Person nicht, Erwerbsakte als un-eigentlicher Stellvertreter eines Anderen vorzunehmen d. h. auf eigenen Namen, aber in der Absicht der Erwerbung für einen Dritten.

6) Dieselbe wird von Fitting, *Castr. Pecul.* S. 266. Note 3 gelegentlich widersprochen — unter Berufung auf L. 34. § 2 acq. poss. 41. 2 und L. 31. § 2. usurp. 41. 3. Allein die Stellen beweisen für die im Texte vertretene Ansicht. Denn sie lassen Besitzerwerb durch einen *servus alienus* nur zu, wenn solcher entweder im Besitze der Freiheit oder wenigstens nicht in dem Besitze seines *dominus* sich befindet: also unter Voraussetzungen, unter welchen wenigstens nach der Ansicht eines Theiles der römischen Juristen (vgl. A. Schmidt, *Die Persönlichkeit des Sklaven* S. 25 fl., auch oben im § 10. I. 1) der *dominus* durch seinen Sklaven keinen Besitz erwirbt. Bei Hauskindern können diese Voraussetzungen nicht vorkommen (L. 4. acq. poss.).

Denn in diesem Falle wird ja der Erwerb dem Gewalthaber gemacht; die Verpflichtung zur Herausgabe aber, welche das zu Grunde liegende Obligationsverhältniss (*mandatum, negotiorum gestio*) mit sich bringen kann, kann zur Entstehung kommen, ohne diesen letzteren zu berühren.

§ 15. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einer Seits des Hauskindes anderer Seits des Hausvaters (Wille des Hausvaters).

II. Der Willen des Hausvaters ist für die Gültigkeit des einzelnen Erwerbsgeschäftes, sowie für die Wirkung desselben auf das Vermögen des Hausvaters im Allgemeinen bedeutungslos — während er allerdings einen erheblichen thatsächlichen Einfluss in Beziehung auf die Vornahme der Erwerbsgeschäfte haben kann.

1) Da das Hauskind, nicht der Hausvater, als handelnd gedacht ist, wenn es sich um die Anwendung der Regel handelt, dass vom Hauskinde gemachter Erwerb dem Hausvater zufalle, ist das Wissen und Wollen des Hausvaters in Beziehung auf die wesentlichen Bestandtheile der Willenserklärung gleichgültig

L. 12. cont. emt. 18. 1. (oben I. 1. abgedruckt.)

Dieser Satz gilt unbedingt. Dagegen kann

a) das Wissen oder Nichtwissen des Gewalthabers von gewissen Mängeln und Eigenschaften des zu erwerbenden Objectes neben dem entsprechenden Wissen oder Nichtwissen der contrahirenden *persona subjecta* von Bedeutung sein.

So in Beziehung auf die Kenntniss der Mängel, die nur als verborgene die Wirksamkeit des Geschäftes alteriren,

L. 51. aed. ed. (vgl. oben S. 121.): *sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.*

L. 13. cont. emt. 18. 1. (Pompinus lib. 9 ad Sab.): *Sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est.* sowie in Beziehung auf die Kenntniss der Statusverhältnisse des als Sklaven gekauften Menschen, welche ebenfalls dem Käufer verborgen geblieben sein müssen, wenn die Entstehung eines Anspruches für den Käufer aus solchen resultiren soll:

L. 16. § 3. lib. causa 40. 12. (vgl. oben S. 121): Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit, potuitque filium emere prohibere.

L. 17. e. t. (oben S. 121 und 122): In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut, si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit: et non competet ei actio ¹⁾).

In diesen Fällen soll nämlich die Bekanntschaft des Gewalthabers mit den Mängeln der merx beziehungsweise mit der Freiheit des angeblichen Slaven, der Unkenntniss der handelnden persona subiecta unerachtet, die Entstehung der Klage (actio redhibitoria, quanto minoris, ex emto, in factum) hindern, aber nur:

si servus mandatu domini emerit (L. 51. cit.).

si servo meo vel ei cui mandavero vendas ²⁾ (L. 13. cit.).

si certum hominem mandavero emi (L. 17. cit.).

beziehungsweise, wie es wenigstens in einer der Stellen (L. 16. § 3. cit.) heisst:

si pater praesens fuit, potuitque filium emere prohibere.

Wie ist diese Voraussetzung zu verstehen? Jhering ³⁾ denkt sich den Slaven oder Haussohn als Boten, physischen Gehülfen: allein die einen der angeführten Stellen enthalten keinerlei An-

1) In L. 17 cit. müssen die Worte competet ei actio auf den Gewalthaber beziehungsweise Principal bezogen werden — wie theils die Zusammenstellung mit dem servus, theils die Bas. XLVIII, 8. § 17 (οὐκ ἔχω ἀγωγήν) beweisen (Schmid, Cession II, S. 187). Im Uebrigen sind über diese wie über die anderen im Texte angeführten Stellen die Citate der Noten des vorigen § zu vergleichen. Gefehlt wird namentlich durch unrichtige Auffassung des Gegensatzes (mandatu emere zu peculiari nomine u. s. f.); durch unnöthiges Hereinziehen der exceptio doli; theilweise auch durch ungenaue Auffassung der in den Fragmenten vorausgesetzten thatsächlichen Verhältnisse (vgl. auch im Allg. Windscheid, Pand. § 73, Note 17 u. 18).

2) »vel« in obiger Stelle ist nicht mit »oder« zu übersetzen, sondern mit »wenigstens« oder »nämlich«: so dass die L. 13 cit. nur vom beauftragten Slaven spricht und mit den übrigen Stellen harmonirt. vgl. für diese Bedeutung von vel die Belegstellen bei Brissonius s. v. vel Nro. 2 u. 3, Dirksen, Manuale s. e. v. § 3 u. 6.

3) Jherings Jahrb. I. 290. Note 23, woselbst übrigens nur L. 13 u. L. 51 cit., und ausserdem L. 2. lit. 44. 6 angezogen werden.

haltspunkte für diese Auffassung (L. 13 cit., L. 17 cit.); und die anderen lassen dieselbe nicht zu: so L. 51 cit., welche Stelle im ersten Satze des principium und im § 1 ganz in derselben Weise, wie im zweiten Satze des principium von mandatu emere spricht und hiebei zweifellos den servus nicht als blossen Uebermittler der Willenserklärung ansieht; so L. 16 § 4 cit., woselbst sowohl nach dem Inhalte des in Frage stehenden als des vorhergehenden Paragraphen (§ 3) von einem contrahirenden servus die Rede ist. Die gewaltunterworfenen Person schliesst vielmehr den Vertrag ab: aber ihr Entschluss, die mangelhafte, beziehungsweise zur merx ungeeignete Sache zu kaufen, beruht unmittelbar auf dem Entschlusse des Gewalthabers, diese Sache zu erwerben — einem Entschlusse, der sich sowohl in dem Auftrage, gerade diese Sache zu kaufen (si certum hominem mandavero emi), als darin aussprechen kann, dass der Gewalthaber, der den Kaufabschluss vor sich gehen sieht und hindern kann, die gewaltunterworfenen Person den Abschluss vornehmen lässt. In solchem Falle wirkt der Gewalthaber zu der Bestimmung der merx mit, also zu demjenigen Theile des Willensentschlusses, bei welchem eine gewisse Unkenntniss des Wollenden vorausgesetzt wird, wenn die in Frage stehenden Folgen eintreten sollen. Es ist desshalb innerlich begründet, wenn seine Willensbeschaffenheit in dieser Richtung neben der Willensbeschaffenheit des Contrahenten beachtet wird — von demselben Gesichtspunkte aus, unter welchem der Auftrag des vollhandlungsfähigen Principales beziehungsweise Gewalthabers zwar nicht die mangelnde Willensfähigkeit, wohl aber die Mängel in der Willensfähigkeit des Stellvertreters beziehungsweise der gewaltunterworfenen Person für den concreten Fall zu beseitigen vermag.

L. 7 § 2 inst. act. 14. 3 (Ulp. lib. 28 ad Edict.); L. 3 § ult.,

L. 4, L. 23 min. 4. 4 (Ulp. und Paul. lib. 11 ad Edict.; Africanus lib. 7 Quaest.)

Ist diess das Motiv der ausgehobenen Entscheidungen, so liegt es auf der Hand, dass unter derselben Voraussetzung der Mitwirkung zur Willensbestimmung — die übrigens hier nicht nothwendig auf das Erwerbsobjekt sich beziehen muss — auch Mängel der Willensbestimmung, wie sie die Folge der Einwirkung von dolus

und metus sind, aus der Person des Gewalthabers in Betracht kommen können ⁴⁾.

Aber wäre es nicht consequenter, in jenem Falle der Bestimmung des concreten Erwerbsobjectes durch den Willen des Gewalthabers nur auf die Beschaffenheit dieses Willens zu sehen? Ein Theil der römischen Juristen hat diess angenommen.

L. 16 § 3 und L. 17 liberali causa 40. 12 (vgl. oben § 14 Z. 1). Indessen ist die entgegengesetzte in der Compilation adoptirte Ansicht sicherlich richtiger: sobald überhaupt einmal auch bei speciellerem Mandate die contrahirende Person als contrahirend und nicht als blosser Gehilfe (nuntius) angesehen werden will oder muss. Denn auch wenn der Gewalthaber (Principal) die zu erwerbende Sache designirt, muss doch die gewaltunterworfenene Person (der Stellvertreter) diesen Theil der Willensbestimmung in ihren Entschluss aufnehmen, und kann nicht in Beziehung auf ihn — und ihn allein — als blosser Uebermittler fremden Willens erscheinen.

Aehnlich verhält es sich

b) mit den widerrechtlichen Willensrichtungen (dolus, metus): insofern solche auch dann berücksichtigt werden müssen, wenn sie in der Person des Gewalthabers vorhanden sind. Aber freilich ist wenigstens der dolus des Gewalthabers nicht blos dann zu berücksichtigen, wenn der Gewalthaber bei dem Abschlusse des Geschäftes mitwirkt, vielmehr selbst dann, wenn der dolus nicht im Zusammenhang mit dem Geschäftsabschlusse steht —

L. 4 § 17 doli exc. 44. 4. (Ulp. lib. 76 ad Edict.): In hac exceptione .. excipere possumus et de eorum dolo, quibus acquiritur; sed de servorum et filiorum dolo dumtaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio ...

in Folge einmal der generellen Natur der exceptio doli und dann des Umstandes, dass bei Erwerb durch die gewaltunterworfenene Person immer der Gewalthaber als Kläger und zwar als Kläger in rem suam erscheint.

vgl. auch L. 4 § 18 cit.

2) Der Erwerb erfolgt, ohne dass der Gewalthaber solchen anordnet; selbst ohne dass er von ihm weiss

4) Windscheid, Pand. § 73. Note 18.

oder wissen kann, ja sogar gegen seinen ausgesprochenen Willen ⁵⁾)

§ 3 J. per quas pers. 2. 9. . hoc enim vobis et ignorantibus et invitis obvenit.. vgl. mit L. 32 acq. dom. 41. 1 (Gajus lib. 11 ad Edict. prov.); L. 4 acq. poss. 41. 2; (Ulp. lib. 67 ad Edict.); L. 18 § 2 stip. serv. 45. 3; (Papinianus lib. 27 Quaest.); L. 8 his qui sui 1. 6; (Ulp. lib. 67 ad. Sab.).

L. 62 V. Obl. 45. 1 (Julianus lib. 2 ex Minicio): Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem.

— wie diess, wenn und solange das Kind vermögensunfähig ist, kaum anders möglich ist.

§ 3 J. cit.: ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest.

Dass und welche Ausnahmen von dieser Regel für den Besitzerwerb bestehen — um der faktischen Natur des Besitzes willen —, sowie für den Erwerb von hereditates — um des aes alienum hereditatis willen —, ist in § 8 und § 11 entwickelt worden.

Dass ferner auch ausserdem die Einwilligung des Gewalthabers in die Vornahme des Erwerbsgeschäftes unter Umständen auf dessen Beurtheilung einwirkt, ergibt sich aus den unter Z. 1 enthaltenen Bemerkungen. Die eingreifendere Bedeutung dagegen, welche der Wille eines von mehreren Gewalthabern (jussus, jussio) auf die Zuthheilung des Erwerbes haben konnte (Gajus III. 167.; L. 5. und 6. stip. serv. 45. 3. u. a. m.), ist, weil nur bei dem Slavenerwerbe denkbar, hier nicht zu entwickeln (vgl. übrigens auch unten in § 17).

3) Der Gewalthaber hat, wie nicht die Befugniss, durch seinen Widerspruch die rechtsgültige Vornahme eines Erwerbsaktes oder dessen Einwirkung auf sein Vermögen zu hindern, so auch nicht die Befugniss, den nur der gewaltunterworfenen Person möglichen Erwerbsakt statt desselben vorzunehmen, beziehungsweise die von derselben verweigerte Vornahme desselben durch seine eigene Erklärung zu ersetzen.

arg. L. 3. C. her. inst. 6. 24. (vgl. den § 13. Ziff. 3.)

5) A. M. in der letzteren Beziehung A. Faber, Jurispr. Pap. p. 165, 174, 177, aber aus durchaus unzureichenden Gründen.

§ 16. Die Erwerbsakte im Verhältnisse zu dem Willen einer Seits des Hauskindes anderer Seits des Hausvaters (Dispositionsmacht des Vaters über die Arbeits- und Erwerbskraft des Kindes).

So unabhängig der Erwerb des Hausvaters nach dem in § 13. unter Z. 2. und 3. Ausgeführten im concreten Falle von dem Willen des Hausvaters ist: so liegt doch auf der Hand, dass einerseits die ausnahmslose Geltung des den Erwerb des Hausvaters durch das Hauskind bestimmenden Rechtsprincipes und andererseits die absolute Unterwerfung der Person des Kindes unter den Gewalthaber die ganze Arbeits- und Erwerbskraft des Kindes zur Verfügung des Hausvaters stellt.

Der Hausvater hat, wie der dominus, in der ihm zustehenden Gewalt über das Kind völlig ausreichende Mittel, um für die Regel das letztere zu nöthigen, jeden Erwerbsakt — Rechtsgeschäft wie faktische Arbeit — vorzunehmen, welchen er vorgenommen wissen will: wenn er auch von Rechtswegen die verweigerte Vornahme nicht durch eigene Erklärung ersetzen kann. Auch lässt sich nicht sagen, dass die allmälige Abschwächung der Gewalt über die Person in classischer Zeit so weit gegangen wäre, um diese Regel als Regel zu beseitigen — so wenig angenommen werden kann, dass der Schutz, den Sitte und Censorengewalt gegen allzu egoistische und harte Ausbeutung der Gewalt gewährt haben mögen, die beliebige Verwendung des Kindes zu Arbeiten jeder Art allzu häufig verhindert hat. Wenigstens bezieht sich

L. 10. obseq. par. 37. 15. (Tryphoninus lib. 17. Disp.)..

nam pietatem liberi parentibus, non operas debent.

welche in dieser Richtung angeführt worden ist, nach den Vordersätzen, zu deren Begründung der referirte Ausspruch dienen soll, nur auf emancipirte Kinder, und constatirt lediglich deren Verschiedenheit von den Liberten ¹⁾.

Jene völlige Unterordnung der Arbeits- und Erwerbskraft der Kinder macht es denn auch dem Hausvater möglich, die operae der Hauskinder in derselben Weise zu vermiethen, wie der dominus die operae der Slaven vermiethen kann,

1) Brinz, Pand. S. 1171.

Paul. Rec. Sent. V. 1. § 1... Operae tamen eorum (filiorum)
locari possunt.

und bildet den Ausgangspunkt und die Grundlage für die mancipatio der Hauskinder, die dem Hausvater von Alters her zustand. Denn das mancipium, welches durch diese mancipatio noch in classischer Zeit begründet wird, ist Nichts Anderes als eine Gewalt, der das Kind nach der Seite seiner Erwerbs- und Arbeitskraft und nur nach dieser Seite hin unterworfen, der gegenüber also das Kind rein als Arbeits- und Erwerbskraft aufgefasst ist. Die Möglichkeit der Begründung einer solchen Gewalt durch den Hausvater aber setzt selbstverständlich voraus, dass die väterliche Gewalt selbst das Hauskind ebenfalls wenn auch nicht ausschliesslich, so doch zugleich als Arbeits- und Erwerbskraft dem Gewalthaber unterwirft.

Die nähere Gestaltung des Mancipium mag übrigens unerörtert bleiben — also namentlich die Untersuchung unterbleiben, ob die mancipatio liberorum nicht in dem ältesten Rechte wirkliche Sklaverei begründet hat; wie allmählig im Interesse der Freiheit auch das von der Sklaverei geschiedene Verhältniss des Mancipium durch zeitliche Beschränkung (Gajus I. 140) und Anerkennung einer gewissen Selbstständigkeit des liberum caput im Verhältnisse zu dem Gewalthaber (Gajus I. 141) sich abschwächt; wie endlich dasselbe schon in der früheren classischen Zeit der Hauptsache nach nicht mehr der selbstnützigen Ausbeutung der Erwerbs- und Arbeitskraft des Kindes dient (Gaj. I. 118). Denn einer Seits hat das Mancipium im nachclassischen Rechte aufgehört, ohne in der justinianischen venditio der liberi sanguinolenti eine eigentliche Fortsetzung zu erfahren, und anderer Seits können diejenigen unter den Detailsätzen, die zur Erfassung der vermögensrechtlichen Wirkungen der väterlichen Gewalt dienlich sind, gelegentlich constatirt werden ²⁾).

2) Ueber das mancipium sind zu vergleichen: Zimmermann, Röm. Rechtsgeschichte II, § 226 u. 227 vgl. mit § 122; Böcking, Pand. § 48; Kuntze, Cursus §§ 796—98.

§ 17. Die Erwerbsakte im Verhältnisse einer Seits zu dem Willen des Hauskindes anderer Seits des Hausvaters (Verhältniss zu der Stellvertretung).

Die ältere Jurisprudenz, bis auf Savigny und Buchka ¹⁾ — diese Beiden mit eingeschlossen — hat die Lehre von dem Erwerbe durch gewaltunterworfenen Personen für die Regel mit der Darstellung des Erwerbes durch Stellvertreter in Zusammenhang gebracht, während neuestens, namentlich nach den Ausführungen von Brinz, diese Verbindung aufgegeben und die Lehre vom Erwerbe durch gewaltunterworfenen Personen aus der Stellvertretungslehre ausgeschieden wird. So förderlich diese Ausscheidung für die scharfe Erfassung des Begriffes der Stellvertretung ist, so darf doch der Zusammenhang der beiden Lehren nicht ausser Acht gelassen werden.

Fürs Erste stellen die Quellen überall, wo sie des Erwerbes durch Hauskinder in systematischem Zusammenhange gedenken, denselben zusammen mit dem Erwerbe durch Procuratoren: in der Weise, dass sie den ersteren als ausnahmslos möglich und zulässig, den letzteren dagegen als für die Regel unmöglich und nur ausnahmsweise zulässig darstellen. Diess geschieht namentlich von

Gajus in den Institutionen (II. 95. vgl. mit §§ 86 sq. und § 5. J. per quas pers. 2. 9) und von

Paulus in den Sent. V. 2. § 2.: Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest, sed per procuratorem

vgl. ausserdem L. 126. § 2. V. O. 45. 1. (Paulus lib. 3. Quaest.); L. 11. § 6 pign. act. 13. 7. (Ulp. lib. 28 ad

1) Savigny, System III, S. 90 ff. und Obligationenrecht II, S. 21 ff.; Buchka, Lehre von der Stellvertretung S. 8 ff. und S. 121 ff. (ausführliches Referat über die ältere Literatur); ausserdem Puchta, Pand. u. Vorl. § 52 ff., 273 ff.; Ruhstrat im Archiv für das Oldenb. Recht I, 45 ff.; Vangerow, Pandekten, Anm. zu § 608. I; Arndts Pandekten §§ 76 u. 246; Keller, Pandekt. §§ 61, 231 u. 232; Kuntze, Cursus § 458; die Ausscheidung dagegen wird ausser von Brinz, Krit. Blätter II, S. 2 ff. namentlich verlangt von Mühlenthal, Cession § 11. Note 205; Sintenis, Civilrecht I, § 17. Note 50; Scheurl, Krit. Ueberschau I, 317 ff.; Laband, Z. f. Handelsrecht X, 198; Windscheid, Pandekten § 73.

Edict.); L. 51. pr. u. § 1. aed. ed. 21. 1. (Africanus lib. 8 Quaest.); L. 16. u. L. 22. lib. causa 40. 12. (Ulp. lib. 55. ad Edict.); L. 1. C. per quas pers. 4. 27. (Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. Marcellae) u. a. m.

Der Grund liegt darin, dass die römische Jurisprudenz ausschliesslich die unmittelbare Wirkung des Erwerbsaktes auf ein fremdes Vermögen in's Auge fasst, wenn sie die Frage aufwirft, ob per aliam personam erworben werden könne; in dieser unmittelbaren Einwirkung auf das fremde Vermögen aber treffen bei aller Verschiedenheit der Voraussetzungen die erwerbende persona subjecta und der Besitz oder Eigenthum für den Principal erwerbende procurator allerdings zusammen.

Weiterhin fehlt es an gewissen Berührungspunkten auch dann nicht, wenn das Wesen der Stellvertretung nicht in dieser unmittelbaren Einwirkung der Handlung auf die fremde Rechtssphäre gesehen wird, und mag in dieser Richtung hervorgehoben werden:

1) Bei der Stellvertretung — das Wort im weitesten Sinne genommen — handelt es sich darum, dass Geschäfte, welche in den Angelegenheiten einer bestimmten Person vorgenommen werden sollen, von einer anderen Person mit der entsprechenden (direkten oder indirekten) Wirkung auf diese Angelegenheiten vorgenommen werden können. Es liegt auf der Hand, dass das Prinzip, welches allen Erwerb der gewaltunterworfenen Person dem Gewalthaber zuweist, die Vertretung des Gewalthabers durch die gewaltunterworfenen Person im Allgemeinen ermöglicht — ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit ausserdem, d. h. soweit das Prinzip nicht eingreift, Stellvertretung möglich und zulässig ist.

Insoferne ist die Gestaltung des römischen Familiengüterrechtes nach der angedeuteten Richtung hin ein Ersatz für die Stellvertretung, — ein Verhältniss, dessen sich die römische Jurisprudenz sehr wohl bewusst geworden ist, wie theils aus den oben angeführten Stellen, theils aus anderen Aussprüchen hervorgeht:

Paul. Rec. Sent. V. 8.: Non solum per nosmet ipsos novamus, quod nobis debetur, sed per eos etiam, per quos stipulari possumus, veluti per filium familias vel servum, jubendo vel ratum habendo. Procurator quoque noster ex jussu nostro receptum est ut novare possit.

L. 23. m. c. d. 39. 6. (Africanus lib. 2. Quaest.)... alioquin si quasi ministerio ejus pater usus sit...

L. 4. § 17. doli exc. 44. 4. (Ulp. lib. 46. ad Edict.).... in quo opera ejus esset usus.

L. 130. in fine V. O. 45. 1. (Paulus lib. 15. Quaest.)

L. 45. § 4. V. O. (Ulp. lib. 50. ad Sab.) Filius patri dari stipulari videtur, etsi hoc non adjiciat.

Ja es sprechen sogar überwiegende Gründe für die Annahme, dass die Anerkennung der rechtlichen Handlungs- und Erwerbsfähigkeit der Hauskinder in Zusammenhang mit dem Bedürfnisse einer ausreichenden und zugänglichen Stellvertretung im Abschlusse von Erwerbsgeschäften erfolgt ist (vgl. hierüber den § 7. I. S. 58 flg.).

Wie dem übrigens auch sei — zweifellos sind eine Anzahl einzelner Sätze durch die Tendenz beeinflusst, in den personae subjectae stellvertretende Erwerbswerkzeuge für den Gewalthaber zu schaffen. So vor Allem die Bestimmung, welche Erwerbsgeschäfte unter Umständen auf den Namen des Gewalthabers zu stellen gestattet, unter welchen diess Seitens gewaltfreier Personen nicht möglich ist (vgl. hierüber Z. 2). Ausserdem ist, wie bereits hervorgehoben (vgl. § 11), die Zulassung des Erwerbes von Personalservituten kaum anders zu erklären, als durch die Annahme, dass die Jurisprudenz bestrebt war, die gewaltunterworfenen Person zu einem möglichst allseitig verwendbaren Erwerbswerkzeuge zu machen. Und in der scharfen Ausprägung des Gedankens, dass die Verhältnisse des präsenten Gewalthabers ausschliesslich für die Möglichkeit und Zulässigkeit der den Verkehr unter Lebenden vermittelnden Geschäfte massgebend seien (vgl. hierüber den § 9.), möchte ebenfalls die Einwirkung einer derartigen Tendenz nicht zu verkennen sein vgl. auch unter Z. 3 und Einzelentscheidungen wie

L. 82. § 2. leg. II. (Paulus lib. 10. Quaest.) v.: alioquin et illud adnotaremus....

2) Die Wirkung des von der gewaltunterworfenen Person abgeschlossenen Erwerbsgeschäftes auf das Vermögen des Gewalthabers ist unabhängig von dem Willen der gewaltunterworfenen Person. (vgl. oben im § 14), kann also auch davon nicht abhängen, dass der Wille für den Gewalthaber zu erwerben, im Geschäfte selbst hervortritt. Dennoch ist gelegentlich des Erwerbes durch gewaltunter-

worfene Personen das *alieno nomine agere* (contrahere), diese am Meisten adäquate Form der Stellvertretung, zuerst zur Anerkennung und Geltung gekommen — insofern *mancipatio*, *stipulatio* und andere Akte, die ausgesprochener Massen ausserhalb der Gewalt auf fremden Namen nicht vorgenommen werden können, auf den Namen des Gewalthabers beziehungsweise einer anderen derselben Gewalt unterworfenen Person gültig abgeschlossen werden können.

Gajus III. 167. . . . *velut cum ita stipuletur: Titio domino meo dari spondes? aut cum ita mancipio accipiat: Hanc rem ex jure Quiritium Lucii Titii domini mei esse ajo, eaque ei emptā esto hoc aere aeneaque libra.* vgl. weitere Citate oben in § 14. Z. 2.

Wahrscheinlich sogar, dass die *Mancipatio* nur in dieser Form vorkommen konnte (vgl. hierüber §. 7), und nicht unwahrscheinlich, dass anfänglich alle oder wenigstens alle altcivilen Erwerbsgeschäfte, mit Ausnahme der *cretio* und der *hereditatis aditio*, so vorgenommen werden mussten.

Es muss deshalb unbedingt anerkannt werden, dass innerhalb des Kreises der gewaltunterworfenen Personen die Stellvertretung und zwar die eigentliche, direkte Stellvertretung zur Geltung gekommen ist — freilich getragen durch den mit der Gestaltung des römischen Familiengüterrechtes gegebenen Satz, dass das Erwerbsgeschäft der gewaltunterworfenen Person überhaupt und abgesehen von der Vertretungsqualität der letzteren dem Gewalthaber erwirbt.

§ 4. J. inut. stip. 3. 19. . . . *quia . . filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt.*

Diess ist nicht ohne allgemeineres Interesse; denn es lässt sich hieraus abnehmen, dass der allgemeinen Zulassung der direkten Stellvertretung nicht die Form der Geschäfte entgegensteht, oder die Unzertrennlichkeit des Rechtes und der rechterzeugenden Thatsache, und wiederum dieser Thatsache und der handelnden Person: sondern die Anschauung, dass es für die Handlung einer Person unmöglich sei, die ihr adäquate Rechtswirkung in der Rechtssphäre einer anderen Person hervorzubringen. Eine Annahme, von der aus sich auch am Einfachsten erklärt, wie für den Besitz- und den mit dem Besitz zusammenhängenden Rechtserwerb in verhältnissmässig früher Zeit eine aus praktischen Gründen wünschenswerthe Aus-

nahme zugelassen werden konnte: denn durch das Requisit des *animus possidendi* in der Person des Prinzipals erscheint die Besitzergreifung, des Stellvertreters zugleich als eigene Handlung des ersteren²⁾).

Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes wird durch die Ausdehnung, in welcher das *alieno nomine agere* innerhalb des Kreises der gewaltunterworfenen Personen zugelassen ist, in nicht unerheblicher Weise bestätigt. Wie die gewaltunterworfenen Person auf den Namen des Gewalthabers, so kann nämlich auch der Gewalthaber auf den Namen der gewaltunterworfenen Person handeln,

L. 39., L. 130. V. O. 45. 1. (Paulus lib. 12. ad. Sab. u. lib. 15. Quaest.); L. 56. § 2. e. t. (Julianus lib. 52. Dig.); § 4. J. inut. stip. 3. 19.; L. 2. C. contr. stip. 8. 38. (Imp. Severus et Antoninus A. A. Petronio).

— folgerichtig: denn da aller Erwerb des Haussohnes dem Hausvater zukommt, so steht die Unmöglichkeit der Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre der Gültigkeit des Geschäftes so wenig entgegen, als in dem umgekehrten Falle. Folgerichtig ist dann auch weiterhin der Abschluss im Namen des Hauskindes nicht zulässig, wo das entsprechende Geschäft des Hauskindes dem Hausvater nicht erworben wurde. Hieraus erklärt sich die Entscheidung der

L. 21. § 2. pactis 2. 14. (Paulus lib. 3. ad Edictum) vgl. mit dem § 12. V.

Aber allerdings denkt sich das römische Recht den Gewalthaber nicht als Stellvertreter der gewaltunterworfenen Person, sieht vielmehr den *nomine filii servive* abgeschlossenen Vertrag als einen

2) Ueber den Grund der regelmässigen Unzulässigkeit der eigentlichen Stellvertretung im röm. Rechte vgl. ausser einem Theile der in Note 1 angeführten Schriftsteller (namentlich Mühlenbruch §§ 3, 5; Puchta, § 273, Buchka, S. 1 ff.; Brinz, S. 31 f.); Dernburg, Kritische Zeitschrift I, S. 2 ff.; Kuntze, Oblig. S. 264 f.; Laband, Zeitschr. für Handelsrecht X, 183 ff.; Unger in Jherings Jahrb. X, S. 1 f.; und zu der im Texte versuchten Erklärung der Ausnahme bei Besitz-, Eigenthum- und Condiktionenenerwerb: Savigny, Besitz (7. Aufl.), S. 307, S. 312 f.; Brinz, Pand. S. 66 f.; Kuntze, a. a. O. S. 271; Windscheid, § 76. Note 11, welch' letzterer hervorhebt, dass im Besitzerwerbe durch Stellvertreter zunächst keine Ausnahme von dem Prinzipie des römischen Rechtes liege.

im eigenen Interesse, vom Gewalthaber für sich selbst abgeschlossenen Vertrag an

patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur (L. 130. cit.).

und lässt desswegen Geschäfte, welche der Gewalthaber in eigenem Namen nicht gültig abschliessen könnte, auch auf den Namen der gewaltunterworfenen Person nicht zu. So in der Entscheidung der L. 130. cit.:

.. si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat.

Denn diese Stelle erklärt sich nicht etwa daraus, dass derartige Forderungsrechte dem Hauskinde selbst erworben würden (vgl. hiegegen oben § 12. III. 1.); oder daraus, dass in solchen Fällen kein Forderungsrecht, sondern nur eine faktische, an die Person des Hauskindes sich anknüpfende Beziehung entstehe — vgl. hiegegen den Schlusssatz der Stelle

Contra autem filius etiam ut ire patri liceat stipulando adquiret ei —

sondern daraus, dass im Allgemeinen in Folge mangelnden rechtlichen Interesses Leistung an einen Dritten nicht gültig stipulirt werden kann;

L. 38. § 17. V. O. (Ulp. lib. 49. ad Sabinum)

und dass da, wo die Leistung lediglich in der Zulassung faktischen Handelns des Hauskindes besteht, ein rechtliches Interesse des Gewalthabers an der Erfüllung nicht ohne Weiteres angenommen werden kann³⁾.

3) Wenn es im Allgemeinen gleichgültig ist, ob die gewaltunterworfenen Person auf den Namen des Gewalthabers handelt oder nicht, und wenn desshalb insoweit die Ausbildung der Form des stellvertretenden Geschäftes ohne unmittelbare rechtliche Bedeutung ist: so verhält sich diess doch nicht so, sobald eine Concurrenz von Gewalthabern vorhanden ist. Obwohl nämlich bei solcher Concurrenz von Gewalthabern in erster Linie objective Rechtsnormen die Zuweisung des Erwerbes in einer vom Willen sowohl des Ge-

3) Die richtige Erklärung ist angedeutet bei von Vangerow, Anm. zu § 608. I, 1; nicht richtig dagegen Buchka, a. a. O. S. 20.

walthabers als der handelnden persona subjecta unabhängigen Weise reguliren (Gajus II. 86 f., III. 164 f.; Ulp. XIX. 18 f.; L. 1, 2, 4—13, L. 17—24, stip. serv. 45. 3 u. a. m.), kömmt doch auch dieser Wille mit in Betracht. So kann namentlich der servus communis dadurch, dass er ausdrücklich oder stillschweigend das Erwerbsgeschäft auf den Namen eines der domini vornimmt (nominatio), bewirken, dass nur diesem einen dominus erworben wird,

Gajus III. 167; L. 7. § 1. stip. serv. (Ulp. lib. 48. ad Sabinum) u. a. m.

und kann weiterhin nach der schliesslich massgebend gewordenen Ansicht der Sabinianer wenigstens für den Fall des Mangels einer nominatio der eine der socii denselben Effekt dadurch für sich herbeiführen, dass er den Auftrag zu dem Abschlusse des Erwerbsgeschäftes gibt;

Gajus III. 167^a; L. 5. u. L. 7. § 1. cit.; L. 6. e. t. (Pomponius lib. 26. ad Sab., unter Berufung auf Ofilius, die Cassii und Sabinii) u. a. m.

Die beiden Voraussetzungen der freiwilligen und vollkommenen Stellvertretung — einer Seits Auftrag Seitens der Geschäftsherrn, anderer Seits die Stellvertretungsabsicht und deren Erklärung auf Seiten des Stellvertreters — machen sich also hier, wenn auch getrennt, ebenfalls geltend, und lassen keinen Zweifel darüber, dass wenigstens in diesen Fällen die gewaltunterworfenen Person als Stellvertreter des nominirten, eventuell des jubirenden Gewalthabers aufgefasst werden darf und muss.

Das Nähere gehört übrigens, da das Hauskind nicht unter doppelter Gewalt stehen kann, nicht hieher ⁴⁾.

4) Der Gedanke der Vertretung des Hausvaters durch das Hauskind (oder allgemeiner: des Gewalthabers durch die gewaltunterworfenen Person), der nach dem Ausgeführten in materieller Beziehung durch den rechtsnothwendigen Erwerb des Hausvaters aus Geschäften des Hauskindes von selbst gegeben ist (IV. im Eingange und Z. 1) und bezüglich der Erwerbsgeschäfte auch formell hervortreten kann (Z. 2 u. 3), scheint der römischen Rechtsbildung beziehungsweise Jurisprudenz auch ausserhalb des Umkreises

4) Zimmermann, Rechtsgeschichte II, § 185.

der Erwerbsgeschäfte nicht fremd gewesen zu sein. Auf dem Gebiete der Verpflichtungsgeschäfte kommt diess allerdings nur etwa insoferne zum Vorscheine, als aller Wahrscheinlichkeit nach ursprünglich die einzigen möglichen *institores* und *magistri navium* die der Gewalt des Geschäftsherrn unterworfenen Personen waren (vgl. hierüber unten im Buch 3). Und auf dem Gebiete der Veräusserungsgeschäfte wird die Einwirkung jenes Gedankens zum guten Theile paralysirt — einmal dadurch, dass die Veräusserungsgeschäfte in der Regel zugleich Verpflichtungsgeschäfte sind, und weiterhin dadurch, dass bei den meisten in Frage stehenden Rechten und Geschäften die vorgängige oder nachträgliche, ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung (Ermächtigung) frühzeitig auch ausserhalb des Gewaltverhältnisses Wirksamkeit erlangt hat ⁵⁾. Doch macht sich derselbe bei einem Geschäfte, nämlich der *manumissio servi*, in nicht zu verkennender Weise geltend.

Obwohl nämlich die *manumissio servi* — jedenfalls bis in die spät-classische Zeit hinein (vgl. übrigens auch *Modestinus* in L. 20 *qui et a quibus* 40. 9) — nur von dem *dominus* selbst vorgenommen werden kann, kann doch der *filiusfamilias* den *Sclaven* des Hausvaters *consentiente patre* manumittiren.

L. 7, 16, 22. *manum.* 40. 1 (*Alfenus Varus* lib. 7. *Dig.*; *Modestinus* lib. 1. *Reg.*; *Papinianus* lib. 2. *Resp.*).

L. 4. *pr.*, L. 10. L. 18. § 2. L. 22. *manum. vind.* 40. 2 (*Julianus* lib. 42. *Dig.*; *Marcianus* lib. 3. *Reg.*; *Paulus* lib. 16. *ad Plaut. u. lib. 12. Quaest.*) u. a. m.

Die Wirkung dieser Manumission des Sohnes aber auf das Eigenthum des Vaters wird theoretisch dadurch vermittelt, dass der Vater selbst als manumittirend angesehen

L. 22. *cit.* . . . *ceterum ipse manumittit.*

L. 30. § 1 *qui et a quibus* 40. 9 (*Ulp.* lib. 4. *ad leg. Ael. Sent.*) . . *sed pro eo habendus sum, atque si ipse manumississem.*

und nach allen Seiten als manumissor behandelt wird,

L. 16, 22. *manum.*; L. 4. *pr. manum. vind.*; L. 13. *jure patr.* 37. 14 (*Modestinus* lib. 1. *Pandect.*).

5) *Jhering* in den *Jahrb.* II, S. 121 f.

Denn an dem Prinzipie, das bei den Erwerbsgeschäften diese Fiction überflüssig und es möglich macht, die Handlung des Kindes als Handlung des Kindes aufzufassen und doch auf das Vermögen des Vaters einwirken zu lassen, fehlt es hier; möglich aber wird diese Auffassung durch die Zustimmung des Vaters, ohne welche die *manumissio* nicht wirksam ist ⁶⁾ vgl. auch oben S. 65.

§ 18. Die Wirkung des Erwerbsgeschäftes (der Grundsatz).

Das Erwerbsgeschäft des Hauskindes entfaltet im Allgemeinen dieselben Wirkungen, welche das gleiche Erwerbsgeschäft, von einer gewaltfreien Person vorgenommen, entfalten würde, aber es ruft diese Wirkung von Vorneherein, d. h. von dem Zeitpunkte an, in welchem es nach allgemeinen Grundsätzen Rechte zu begründen vermag, in der Person des Hausvaters hervor, so dass das Hauskind nicht einmal vorübergehend durch solches erwirbt.

Letzteres ist eine nothwendige Consequenz der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder, und überdiess in mehreren Stellen ausdrücklich ausgesprochen.

L. 79. acq. her. 29. 2 (Ulp. lib. 2. ad leg. Jul. et Pap.):
Placet, quoties acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cujus quis in potestate est, confestim acquiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus per quem acquiritur et sic acquiri ei, cui acquiritur.

L. 91. § 6. leg. I. (Julianus lib. 36. Dig.) . . confestim id legatum (hereditati) acquiritur.

Wenn desshalb da und dort abweichende, beziehungsweise unsichere Behauptungen über diesen Punkt sich finden ¹⁾, so beruhen

6) Näheres über die einschlagenden Vorschriften geben Keller, Instit. S. 212 u. 213 und Jhering in seinen Jahrb. II, 125 u. 126 — letzterer unter Verwendung derselben für die Theorie der »Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften.«

1) Mindestens ungenau ist z. B. die Aeusserung von Mühlenbruch, Cession S. 116 f.: jedes Rechtsverhältniss, auch das durch die Handlung einer gewaltunterworfenen Person begründete, müsse in der Person desjenigen anfangen, durch den es entstanden sei (vgl. auch von der Pfordten, Abhandlungen S. 166; Machelard, Des obl. natur. p. 111. Note 2); jedenfalls unrichtig die Aufstellung von Dietzel Senatus C. Maced. S. 22. Note 2:

sie entweder auf einem Uebersehen dieser Stellen oder auf der unrichtigen Auffassung gewisser, namentlich die hereditatis aditio und ihre Folgen betreffender, hieher aber irrelevanter Entscheidungen (vgl. hierüber oben im § 13. Ziff. 4).

Auch das Prinzip, welches die objective Wirkung des Erwerbsgeschäftes bestimmt, sollte nach den Ausführungen der vorausgehenden Paragraphen (vgl. namentlich die §§ 10—15) keines Beweises und keiner Detailentwicklung bedürfen. Indessen machen doch einmal die Formulirung und dann einzelne Konsequenzen gewisse Schwierigkeiten und nöthigen zu einiger Erörterung.

I. Die Formulirung des Grundsatzes.

Nicht selten wird das bestimmende Prinzip für die Erwerbsgeschäfte der gewaltunterworfenen Personen und namentlich für die Art und den Umfang ihrer Wirkungen in Quellenaussprüchen gefunden, welche solche mit den entsprechenden Rechtsgeschäften des Gewalthabers zu identificiren scheinen.

L. 42. damno inf. 39. 2 (J u l i a n u s lib. 58. Dig.): Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur.

L. 45. pr. V. O. 45. 1 (U l p. lib. 50. ad Sabinum): Quodcumque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus.

§ 4. J. inut. stip. 3. 19 . . quia . . . filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quae tibi adquiri possunt.

§ 13. e. t. . . quia patris vel domini voce loqui videtur.

Diese Quellenstellen sollen nämlich nach den Einen die Annahme rechtfertigen, dass das Rechtsgeschäft der gewaltunterworfenen Person als Rechtsgeschäft des Gewalthabers angesehen (fingirt) werde; nach den Anderen, dass es dieselben Wirkungen habe, wie ein entsprechendes Rechtsgeschäft des Gewalthabers²⁾. Beide

der Erwerb vollziehe sich zuerst in der Person des Hauskindes, dieses werde deshalb jure zunächst Eigenthümer, Erbe u. s. f. (vgl. auch in einer bestimmten Beziehung Schwanert, Naturalobl. S. 273 fl.). Richtig in ausführlicherer Begründung Buchka, die Stellvertretung S. 10 f., 16 f.; vgl. weiter A. Schmidt, die Persönlichkeit des Slaven S. 17; auch schon A. Faber, Jurispr. Pap. p. 177.

2) Hieher beziehen sich die in der Note 1 des vorigen § citirten Schriften, aus denen nur angeführt werden mögen: für die erste der im Texte ange-

Annahmen sind nach dem Wortlaute der Stellen möglich; keine von beiden aber ist geeignet, als bestimmendes Prinzip der in Frage stehenden Lehre zu gelten. Nicht so fast deswegen, weil die Aussprüche nach dem Zusammenhange, in dem sie sich vorfinden, eine solche generelle Bedeutung unmittelbar nicht beanspruchen können — L. 45. pr. cit. u. § 13. J. cit. wollen direkt nur die Entscheidung begründen, dass die gewaltunterworfenen Person zwar auf den eigenen, nicht aber auf den Tod des Gewalthabers eine Stipulation abstellen könne; im § 4. des Institutionentitels dient der Ausspruch nur zur Motivierung des Satzes, dass die gewaltunterworfenen Person auf den Namen des Gewalthabers stipulieren kann, und will in diesem Zusammenhange weiter Nichts besagen, als dass das Rechtsgeschäft des Hauskindes gleich einem Rechtsgeschäfte des Hausvaters auf dessen Rechtssphäre einwirke (vgl. hierüber den § 17. Z. 2); und in L. 42. cit. ist zwar die Identität der Wirkung betont, aber nur für die *cautio damni infecti* und nur nach der Richtung hin, dass durch die *stipulatio des servus communis* gerade so Theilobligationen entstehen, wie wenn die *domini* desselben in eigener Person *pro partibus* stipulirt hätten — wohl aber, weil feststehende Rechtssätze weder mit dem einen noch mit dem anderen Prinzip harmoniren.

Diese Differenz ist zwar bei derjenigen Auffassung, die jene These nur auf die Wirkung der Geschäfte beziehen will, von verhältnissmässig untergeordneter Bedeutung: denn die Individualität der handelnden Personen ist im Allgemeinen ohne Einfluss auf die Wirkung der Geschäfte, namentlich ohne Einfluss auf die Gestaltung der aus solchen hervorgehenden Rechte. Aber sie ist doch immerhin insoweit vorhanden, dass die Gleichstellung der Wirkungen des von der gewaltunterworfenen Person abgeschlossenen Geschäftes mit den Wirkungen desselben von dem Gewalthaber abgeschlossenen Geschäftes nicht Prinzip sein kann.

So ist namentlich der *Usus*, welcher durch eine gewaltunterworfenen Person erworben wird, durch die Individualität dieser Person inhaltlich beeinflusst, und galt wenigstens vorübergehend und nach

fürten Ansichten Windscheid, Pand. § 73. Note 16; für die zweite Puchta, Vorlesungen § 274 (»in jenen Fällen erwirbt der Vater, wie wenn er selbst contrahirt hätte«).

der Ansicht eines Theiles der römischen Juristen Aehnliches bei dem Niessbrauche (vgl. hierüber den § 11. Z. 1 u. 3).

Grösser und erheblicher ist die Differenz bei der ersten der beiden Auffassungen, welche das Geschäft der gewaltunterworfenen Person als Geschäft des Gewalthabers betrachtet wissen will. Wenn auch daran kein Anstoss genommen werden soll, dass die Handlung selbst zweifellos Handlung der gewaltunterworfenen Person ist und in Beziehung sowohl auf die Willens- und Handlungsfähigkeit als den nöthigen Inhalt und die Fehlerlosigkeit der Willensbestimmung zunächst aus der gewaltunterworfenen Person beurtheilt werden muss: so kann doch schon die Beurtheilung der zu dem Eintritte der Rechtswirkung unter Umständen nöthigen scientia oder ignorantia aus der gewaltunterworfenen Person (vgl. hierüber oben die §§ 14 u. 15) mit der behaupteten Fiction nicht wohl in Uebereinstimmung gebracht werden. Unzweifelhaft unverträglich aber ist mit letzterer die Möglichkeit der gültigen und wirksamen Vornahme von Geschäften, welche, von dem Gewalthaber vorgenommen, ungültig wären — wie solche vorliegt bei dem Erbschaftserwerbe, der nur durch die gewaltunterworfenen Person, als den Delaten, gültig erfolgen kann (vgl. hierüber den § 13. Z. 3), und bei den Stipulationen

quae factum conferunt in filium,

welche zwar der filius, nicht aber der Hausvater mit Erfolg abschliessen kann (L. 130. V. O.; dazu § 17. Ziff. 2).

Und dasselbe gilt von der Berücksichtigung der gewaltunterworfenen Person (*ex persona servi constitit legatum* L. 82. § 2. leg. II.) bei der Erhebung der Erwerbsfähigkeit aus letztwilligen Verfügungen (§ 9. Ziff. 3).

Aber es ist auch nicht richtig, die Wirkungen durch die Fiction der Gewaltfreiheit der handelnden Person zu bestimmen, d. h. davon auszugehen, dass das Geschäft des Haussohnes für den Hausvater dieselben Wirkungen habe, die es für den Haussohn, wäre solcher gewaltfrei, haben würde³⁾. Denn wenn auch für die Regel dieser Ausgangspunkt zu keinen unrichtigen Resultaten führen

³⁾ So Buchka, a. a. O. S. 16; richtig dagegen Dernburg in der krit. Zeitschrift I, S. 6.

würde, trifft diess doch in manchen Beziehungen ebenso wenig zu, als wenn die Handlung der gewaltunterworfenen Person als Handlung des Gewalthabers gedacht und hievon ausgehend eine Entscheidung der Einzelfragen versucht wird. Den ausreichenden Beweis liefern die im § 9 über die Handlungs- und Erwerbsfähigkeit referirten Sätze (vgl. auch § 17. Ziff. 2) — wie denn z. B. der Haussohn als *homo sui juris* nicht *post mortem suam* stipuliren könnte, was er als *filiusfamilias* kann u. s. f.

So bleibt nichts übrig, als den Satz an die Spitze zu stellen: dass die Erwerbsgeschäfte des Hauskindes dieselbe Wirkung haben, wie die Erwerbsgeschäfte einer gewaltfreien Person, nur dass sie diese Wirkung auf die Person und das Vermögen des Gewalthabers ausüben — die Frage dagegen, welche individuelle Persönlichkeit in denjenigen Beziehungen, in denen die Individualität der handelnden oder erwerbenden Person von Einfluss sein kann, massgebend ist, bei der Formulirung des Prinzipes nicht zu berücksichtigen.

§ 19. Die Wirkung des Erwerbsgeschäftes (die Folgerungen aus dem Grundsatz).

II. Die Entwicklung der Folgerungen des aufgestellten Prinzipes bietet — da die Beziehungen, nach welchen hin auf eine individuelle Persönlichkeit zu recurriren ist, in anderem Zusammenhange besprochen sind (vgl. hierüber § 9. Z. 1—3; § 10. I. Z. 2; § 11. Z. 1—3; § 12. III. Z. 1 u. 2, IV, V. 1—3; § 13. Z. 1—3; § 14, 15), nur wenige Punkte, die einer Erörterung bedürfen.

1) Wenn das Erwerbsgeschäft nicht blos Erwerb zu vermitteln, sondern auch eine Vermögensminderung zu bewirken bestimmt ist, entsteht dadurch eine Schwierigkeit, dass die gewaltunterworfenen Person im Allgemeinen über Vermögenstheile des Gewalthabers nicht disponiren, namentlich solchen durch ihre Rechtsgeschäfte nicht zu verpflichten vermag.

Bei einzelnen der in Frage stehenden Geschäfte ist diese Verbindung von Erwerb und Verpflichtung so nothwendig, dass dem Hausvater nicht der Erwerb ohne die Verpflichtung zugewiesen werden kann. Diess führt dahin, derartige Erwerbsgeschäfte von der Zustimmung des Gewalthabers abhängig zu machen — so die *hereditatis aditio*, die nur *jussu patris* erfolgen kann, und den Erwerb

des *legatum*, der durch *repulsus* Seitens des *Gewalthabers* beseitigt werden kann (vgl. hierüber § 13. Z. 2 lit. a., Z. 3). Auf diese Weise wird die Verbindung von *Erwerb* und *Verpflichtung* erhalten und zugleich dem Gedanken, dass die *gewaltunterworfenen* Person den *Gewalthaber* nicht ohne besondere Gründe, zu denen die *Einwilligung* des letzteren gehört, *verpflichten* könne, *Rechnung* getragen.

Bei den anderen *Erwerbsgeschäften* — namentlich den *onerosen Rechtsgeschäften* unter *Lebenden* — geht dagegen das *römische Recht* nicht von dieser *Untrennbarkeit* des *Erwerbes* und der *Verpflichtung* aus, weist also unbedenklich den *Erwerb* dem *Gewalthaber*, die *Verpflichtung* der *gewaltunterworfenen* Person zu, und lässt den *Gewalthaber* nicht anders und weiter *verpflichtet* werden, als er in *Anwendung allgemeiner Grundsätze* überhaupt für *Schulden* der *ersteren* einzustehen hat.

L. 9. pr. compens. 16. 2 (Paulus lib. 32. ad Edict.): Si cum filio familias aut servo contracta sit societas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur.

Wo aber in den letzteren Fällen der *Erwerb* in einem *Forderungsrechte* besteht, dessen *Geltendmachung* bei *Abschluss* des *Erwerbsgeschäftes* durch eine *gewaltfreie* Person um der *Gegenverpflichtung* dieser Person willen *gehemmt* wäre, kann der *dritte Contrahent* — entsprechend dem an die Spitze gestellten *Principe* — die *Geltendmachung* in demselben *Umfange* und mit derselben *Wirkung* hemmen, wie einem *gewaltfreien Contrahenten* gegenüber. Diess ist ausgesprochen für die sogenannte *exceptio non adimpleti contractus*

L. 31. § 1. reb. cred. 12. 1. (Paulus lib. 17. ad Plaut.)
Sed adjicere debuit Julianus: non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. vgl. ausserdem L. 57. pr. aed. ed. 21. 1. (Paulus lib. 5. Quaest.); L. 31. § 8. aed. ed. 21. 1. (Ulp. lib. 1. ad Edict. aed. cur.)

sowie für die *Compensationseinrede*, die im Falle der *ex eadem causa* resultirenden *Verpflichtung* zur *Leistung* gleich-

artiger Gegenstände an die Stelle der Einrede des nicht-erfüllten Vertrages tritt ¹⁾).

L. 9. pr. comp. 16. 2. (oben abgedruckt.)

2) Was in L. 9. compens. für die ex eadem causa resultirende Gegenforderung festgestellt ist, und in dieser Beschränkung mit dem leitenden Principe durchaus harmonirt, darf keineswegs auf alle Gegenforderungen übertragen werden.

Die Befugniss, mit nicht connexen Gegenforderungen zu compensiren ²⁾, wird keineswegs durch den Abschluss des die Forderung schaffenden Rechtsgeschäftes begründet, wie die exceptio non adimpleti contractus. Sie hat vielmehr ihre selbstständige faktische Grundlage in der Existenz einer aus einer andern juristischen Thatsache resultirenden Forderung, die dem Schuldner gegen den Gläubiger zusteht, und führt zur Entstehung einer die Forderung ganz oder theilweise paralysirenden Einrede erst in dem Zeitpunkte, in welchem dieser Forderung eine Gegenforderung direkt zwischen dem Schuldner als Gläubiger und dem Gläubiger als Schuldner gegenübertritt. Das Princip, dass das Erwerbsgeschäft der gewaltunterworfenen Person dieselben Wirkungen habe, wie das Geschäft einer gewaltfreien Person, greift also hier nicht

1) Dernburg, Compensation (2. Aufl.), S. 75 u. 76, der darin, dass der Gewalthaber nur de peculio etc. verpflichtet wird, mit Recht einen Beweis gegen die untrennbare Verbindung von Recht und Pflicht bei synallagmatischen Verträgen, in der Zulassung der exceptio aber wohl nicht mit Recht eine aus Billigkeitsgründen eintretende, erst durch Paulus vermittelte Milderung sieht (vgl. L. 31. § 8 cit.: Idem Marcellus ait. .); dazu Cujacius V, 1080; Glück, XX, 104, der die Entscheidung daraus ableitet, dass durch die Klagerhebung der Gewalthaber das Geschäft zu dem seinigen mache; Keller in Bekkers Jahrb. IV, 352 f., der in den Stellen einen Beleg dafür findet, dass aus den in Frage stehenden Verträgen immer nur das Recht hervorgehe, gegen Gegenleistung zu fordern u. a. m.

2) Auch hierüber ist zu vergleichen Dernburg, a. a. O. S. 373 f., bei welchem anderweite Literatur und andere Auffassungen verzeichnet sind. Manche sehen namentlich in der L. 9 pr. cit. einen Beleg dafür, dass alle Gegenforderungen oder wenigstens alle mit dem Peculium zusammenhängenden Forderungen zur Compensation gebracht werden dürfen, und wollen diess entweder aus der nicht beweisenden und unrichtigen Personeneinheit zwischen Vater und Sohn erklären, oder durch die unrichtige Annahme, dass der Hausvater überhaupt für die Schulden des Haussohnes einzustehen habe. vgl. ausserdem Windscheid § 350 bei und in Note 22.

ein. Ist diess aber der Fall, so kann von einer Compensation des dritten Schuldners gegenüber dem Gewalthaber und mit Forderungen, die zunächst gegen die gewaltunterworfenen Person begründet sind, nur dann und insoweit die Rede sein, wenn und insoweit der Gewalthaber für die Schuld der gewaltunterworfenen Person eintreten muss — also unter den Voraussetzungen der *actio de peculio, de in rem verso, quod jussu*.

Anderes besagt auch die oben angeführte

L. 9. pr. comp. 16. 2.

nicht; denn einmal setzt sie sich gegenüberstehende Forderungen *ex eadem causa* (*ex societate*) voraus, und weiterhin gibt sie im § 1, der dieselben faktischen Voraussetzungen hat und nur statt nach der Compensationsbefugnis des dritten Schuldners nach der des Haussohnes fragt, mit klaren Worten als Entscheidungsgrund an:

quia unus contractus est.

Und die

L. 4. § 17. *doli exc.* 44. 4. (Ulp. lib. 76 ad Edict.)

denkt bei der *exceptio doli*, die sie zulässt

*de dolo servi vel alterius personae juri nostro subjectae . .
et de eorum dolo, quibus acquiritur —*

keineswegs an eine Einrede, welche die Compensation mit Gegenforderungen an die gewaltunterworfenen Person ermöglichen soll. Denn von einem *dolus* der *persona juri nostro subjecta* kann natürlich nicht die Rede sein, wenn der Gewalthaber ohne Beachtung einer Gegenforderung klagt; und dass der Gewalthaber *dolose* handle, wenn er eine nicht gegen ihn begründete Gegenforderung nicht beachtet, wäre zuerst nachzuweisen, bevor die Entscheidung auf solchen *dolus* bezogen werden dürfte (vgl. auch Ziff. 3).

3) Da der Erwerb unmittelbar mit der Erwerbshandlung dem Gewalthaber gemacht wird, und über Vermögensrechte des Gewalthabers der gewaltunterworfenen Person im Allgemeinen keine Disposition zusteht, können alle Handlungen und Unterlassungen, welche Seitens der gewaltunterworfenen Person nach der Erwerbshandlung vorkommen, Existenz und Inhalt des Rechtes nicht mehr alteriren. Einen Beleg hierfür gibt

die oben angeführte L. 4. § 17. doli exc., indem sie von dem dolus der gewaltunterworfenen Personen sagt:

de eo dumtaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio quod geritur, non etiam si postea aliquis dolus intervenisset. (vgl. z. B. L. 2. § 4. u. 5 e. t.)

Dass dieses Gesetz für Forderungen ex peculiari negotio eine Ausnahme zulässt,

.. sed de servorum et filiorum dolo, si quidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio obijcienda est.

steht nicht entgegen: denn peculiare Forderungen sind — wenigstens für die Regel — zur Disposition des Peculieninhabers, können also auch durch dessen Handlungen und Unterlassungen alterirt, beziehungsweise beseitigt werden ³⁾ (vgl. hierüber das 2te Buch).

4) Da die restitutio propter minorem aetatem nur den Minderjährigen, nicht den Volljährigen zugesichert ist

L. 3. § 4. min. 4. 4. (Ulp. lib. 11. Edict.): Praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus.

und der Erwerb der Hauskinder von Vorneherein den Hausvätern zukommt, ist es consequent, dass von einer Restitution ex persona filii in Beziehung auf die Erwerbshandlung nur so weit die Rede sein kann, als durch die Erwerbshandlung das Hauskind verpflichtet worden ist und aus dieser Verpflichtung in Anspruch genommen wird ⁴⁾.

vgl. hierüber L. 3. § 4. u. flg. §§ cit.

§ 20. Erwerbsgeschäfte des Hauskindes mit dem Hausvater.

Wenn das Hauskind jeden activen Vermögensrechtes unfähig ist, und aller Rechtserwerb desselben in das Vermögen des Hausvaters fällt, müssen alle juristischen Thatfachen, welche an sich einen Rechtserwerb für das Hauskind durch Minderung oder Belastung des Patrimonium bewirken würden, wirkungslos sein, soweit es sich um diesen Erwerb handelt ¹⁾.

3) Ueber L. 4. § 17 cit. vgl. Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.), S. 117, 595.

4) Savigny, System VII, S. 153 f., 277 f.

1) Ueber Obligationen, beziehungsweise Rechtsgeschäfte zwischen Hausvater und Hauskind vgl. von der Pfordten, Abhandlungen (1840) S. 113—215

Diese Folgerung ist in den Quellen mehrfach ausgesprochen, namentlich in Beziehung einer Seits auf Erwerb des Hauskindes durch Obligirung des Hausvaters anderer Seits auf Rechtsgeschäfte zwischen Hausvater und Hauskind.

Gajus II. 244. . . quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus.

IV. 78. . . nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur . . (vgl. auch § 6. J. inut. stip. 3. 19; § 6. J. nox. act. 4. 8.)

L. 13. in fine C. transact. 2. 4. (Impp. Dioclet. et Maxim. A.A. et C.C. Proclae) . . nec enim dubii juris est, dominos cum servis suis paciscentes ex placitis teneri atque obligari non posse.

Die Rechtsgeschäfte, welche in Folge hievon als wirkungslos (nulla) angeführt werden, sind die stipulatio,

Gajus III. 104.; L. 25. §. 5. usufr. 7. 1. (Ulp. lib. 18. ad Sab.); L. 15. §. 1. peculio castr. 49. 17. (Papinianus lib. 35. Quaest.).

die emptio venditio,

L. 2. pr. cont. emt. 18. 1. (Ulp. lib. 1. ad Sab.); L. 14. § 3. in diem add. 18. 2. (Paulus lib. 5. ad Sab.);

die locatio conductio,

L. 25. § 5. usufr. 7. 1.

die donatio,

L. 11. und L. 17. C. donat. 8. 54. (Impp. Diocletian. et Maxim. A.A. et C.C. Sabiniano — Hermiae)

die transactio.

L. 13. C. transact. 2. 4. (supra cit.).

Dass aber der Satz sich weder nur auf diese Geschäfte, noch blos auf obligationsbegründende Rechtsgeschäfte, noch auch nur ausschliesslich auf Rechtsgeschäfte bezieht, zeigen einer Seits die oben

und die bei solchem (S. 113—115) in reichem Masse angeführte ältere, meist exegetische Literatur; Savigny, System II, S. 54 f., 418 ff.; Marezoll, G.Z. N.F. V (1848), S. 223—32; Schwannert, Naturalobligationen (1861) 299 f., dazu 252 f., 266 f., 285 f.; Sintenis, Civilrecht III, § 142 (S. 162—171); Keller, Pandekten § 418; Windscheid, Pandekten § 519; Brinz, Pandekten S. 1160—62, vgl. mit S. 1184, 1202.

angeführten Stellen aus tit. Cod. de donationibus, namentlich die L. 17. h. t., welche von Schenkung nicht durch stipulatio, sondern durch Sachübertragung spricht, anderer Seits die theilweise abgedruckten Stellen aus Gajus, die ganz allgemein die Unmöglichkeit einer Obligatio statuiren, und zwar bei Erörterung von Fällen, bei denen es sich nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen Hausvater und Hauskind handelt.

Indessen bedarf der an die Spitze gestellte und durch die angeführten Stellen bewiesene Satz nach mehreren Richtungen hin der näheren Bestimmung und Begrenzung.

1) Die Wirkungslosigkeit der juristischen That-sache reicht nicht weiter, als dass sie einer Seits keinen Rechtserwerb der gewaltunterworfenen Person und anderer Seits keine Schuld des Gewalthabers zu begründen vermag.

Diess beweist sich dadurch, dass Rechtsgeschäfte, welche die gewaltunterworfenen Person als institor oder magister navis eines extraneus mit ihrem eigenen Gewalthaber abschliesst, im Verhältnisse dieses extraneus zu dem Gewalthaber ihre vollen Wirkungen entfalten;

L. 5. pr. u. § 1. exercit. act. 14. 1. (Paulus lib. 29. ad Edictum); L. 11. § 8. inst. act. 14. 3. (Ulp. lib. 28. ad Edict.); L. 12. e. t. (Julianus lib. 11. Dig.)

ferner aus

L. 25. § 5. usufr. 7. 1. (Ulp. lib. 18. ad Sabin.)

welche Stelle ein Geschäft zwischen einem Sklaven und dem einem seiner Herren soweit als gültig behandelt, als dessen Rechtswirkungen auf den anderen Gewalthaber sich beziehen können und sollen; endlich daraus, dass das Geschäft selbst ohne solche Beziehungen auf eine dritte Person als Usucapionstitel Wirksamkeit beansprucht.

L. 11. § 8. cit.: . . cum dominus a servo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus: usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere possit ²⁾).

Keinen Gegenbeweisgrund enthält die

L. 14. § 3. in diem add. 18. 2. (Paulus lib. 5. ad Sab.): Aliter

2) Ueber L. 11. § 8. cit. und die deren Aufstellung unterstützenden L. 9 u. 10. pro emt. 41. 4. (Julianus lib. 3 ad Urseium Ferocem und lib. 2 ad Minicium) vgl. Fitting, civ. Archiv LI, S. 30 ff.

atque si servo suo vel filio, quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit, quia non est emptio his casibus.

Denn die Entscheidung dieser Stelle erklärt sich zur Genüge daraus, dass ein solcher Verkauf den Verlust der merx für den Gewalthaber nicht zur Folge hat, das abire der res a domino aber die vorausgesetzte Wirkung des zweiten Veräußerungsgeschäftes ist (L. 1. e. t.: . . nisi si quis intra kalendas Januarias proximam meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat).

2) Die unter Ziff. 1) dargelegte Beschränkung der Ungültigkeit der in Frage stehenden juristischen Thatfachen zeigt am Besten, dass der Grund jener Ungültigkeit nicht oder wenigstens nicht unvermittelt in der Unterwerfung der einen beteiligten Person unter die Gewalt der anderen oder in der angeblichen Personeneinheit gelegen sein kann. Denn weder jene Unterwerfung noch diese Personeneinheit fehlt in den angeführten Fällen. Will freilich mit der Verweisung auf die Existenz der Gewalt überhaupt oder auf die zuletzt berührte formelle Gestaltung nur hervorgehoben werden, dass die Ungültigkeit aus einem Satze hervorgehe, der in der Existenz und dem Gehalte der Gewalt wiederum seine Basis finde, so ist sie durchaus begründet: denn diese Ungültigkeit ist eben die einfache Folge daraus, dass aller Rechtserwerb, der an sich der gewaltunterworfenen Person zukommen würde, dem Gewalthaber zukommt. Wenigstens ist diess die durch Ulpian gebilligte Ansicht Julians:

L. 25. § 5. usufr. 7. 1.: Et regulariter definiit (Julianus): quod quis ab alio stipulando mihi acquirit, id a me stipulando nihil agit.

die Richtigkeit dieser Ansicht aber mindestens nach der Richtung hin nicht zu beanstanden, nach der hier die Unwirksamkeit des Geschäftes allein in Betracht gezogen wird — in Beziehung nämlich auf die Unmöglichkeit eines Erwerbes des Hauskindes und der Entstehung einer Schuld des Hausvaters ³⁾. Uebrigens wird an anderem

3) Ueber und gegen die Ableitung der Ungültigkeit der negotia inter patrem et filium aus der Personeneinheit vgl. namentlich von der Pfordten, Abhandlungen S. 115 ff., 136 f. und dazu die Bemerkungen in § 5 unter Ziff. 3. Auch Brinz, der diese Ungültigkeit direkt auf die Subjektion des

Orte gezeigt werden, dass das julianische Prinzip zur Erklärung auch der anderen Seite der Unwirksamkeit ausreicht (vgl. hierüber unten in § 40 und 41).

3) Die juristische Thatsache, die zwischen dem Hausvater und dem Hauskinde eintritt, ist vollkommen unfähig, dem Hauskinde ein Recht zu verschaffen, namentlich unfähig, solches zum Gläubiger des Hausvaters zu machen.

Diese vollkommene Unwirksamkeit der in Frage stehenden juristischen Thatsachen in Beziehung auf den durch solche zu vermittelnden Rechtserwerb des Hauskindes ergibt sich einmal aus dem unmittelbaren Inhalte der Quellen (vgl. oben im Eingange des Paragraphen), welche so deutlich als möglich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes,

inutilis stipulatio (Gajus III. 104.); *nihil agit* (L. 25. § 5. usufr. 7. 1.); *non tenebit stipulatio* (L. 15. § 1. pec. castr. 49. 17.); *contrahi emptio non potest* (L. 2. cont. emt. 18. 1.); *quia non est emptio* (L. 14. § 3. in diem add. 18. 2.)

die Unmöglichkeit eines Rechtserwerbes aus dem Vermögen des Hausvaters,

non magis quam ... quidquid acquirit (L. 25. § 5. cit.); *nec ... sibi quidquam quaerere ... de rebus tuis potuerunt* (L. 17. C. don. 8. 54.)

die Unmöglichkeit einer Schuld des Gewalthabers gegenüber der gewaltunterworfenen Person

non ... debere possumus (Gajus II. 244.); *nulla omnino ... obligatio nascitur* (Gajus IV. 78.); *non obligavit* (L. 25. § 5. cit.); *teneri atque obligari non posse* (L. 13. C. trans. 2. 4).

aussprechen, und für die Annahme keinen Raum lassen: es sei in ihnen von Vorneherein nur die *actio*, also die civile Forderung, und hiemit die civile Wirksamkeit jener Thatsachen verneint worden. Weiterhin ist die vorangestellte These die nothwendige Folge des unter 2. fixirten Ausgangspunktes. Denn wenn das

Hauskinde unter den Hausvater stützt (S. 1160, vgl. auch 1184, 2002), bestreitet nicht, dass die Unmöglichkeit von gültigen Verpflichtungsakten des Vaters gegenüber dem Kinde sich aus dem Grundsatz der Vermögenslosigkeit oder Vermögensunfähigkeit genügend erklären würde, und recurriert auf die Subjektion im Wesentlichen nur, weil der letztere Grundsatz nicht die Unmöglichkeit von Obligationen des Kindes gegenüber dem Vater ergebe.

Hauskind kein Vermögensrecht für sich haben kann (*nihil suum habere potest*), vielmehr Alles, was es erwirbt, dem Hausvater erwirbt, müsste auch das naturale Forderungsrecht, das durch ein solches Geschäft dem Hauskinde zukäme, alsbald dem Hausvater erworben werden — eine Schlussfolgerung, die weder durch die Aushilfsmittel der älteren Schriftsteller (vgl. dieselben bei von der Pfordten S. 153 f. und gegen solche oben in § 12. auf S. 93 fl.) noch durch die Berufung von der Pfordten's (S. 159 u. 160) auf die Absicht der Contrahenten und den erklärten Willen des Hausvaters beseitigt werden kann. Vermag doch sonst der Hausvater durch seinen Willen die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes und deren rechtliche Consequenzen keineswegs anders als durch Aufhebung der Gewalt zu brechen.

Endlich fehlt es an einem inneren Grunde, welcher die Unwirksamkeit auf die Klagbarkeit hätte beschränken und zur Anerkennung eines naturalen Forderungsrechtes nöthigen können. Zwar ist sich in dieser Beziehung darauf berufen worden, dass die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes und die Concentration allen Vermögens in der Hand des Hausvaters nur auf dem *jus civile* beruhe und dass desswegen Wirkungen, wie sie das *jus gentium* bei Collision mit dem *jus civile* zu erzeugen vermöge, also namentlich naturale Forderungsrechte des Hauskindes allerdings durch *negotia inter patrem et filium* müssten herbeigeführt werden können. Diese Aufstellung, die in der

L. 64. cond. indeb. 12. 6 (Tryphoninus lib. 7. Disp.) Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure, introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.

einen mehr scheinbaren als wirklichen Anhaltspunkt hat, ist indess nicht richtig. Sie hängt zunächst aufs Engste zusammen mit der Ansicht, dass überhaupt der Gegensatz zwischen *obligationes civiles* und *naturales* auf dem Gegensatze zwischen *jus civile* und *jus gentium* und auf einer Differenz der das betreffende Verhältniss regulirenden Normen der beiden Rechtssysteme beruhe. Ist diese

Anschauung im Allgemeinen nicht begründet, sind vielmehr die Beziehungen, welche als *obligationes naturales* auftreten, aus unter sich verschiedenen Gründen einer Seits nicht zu vollwirksamen Obligationsverhältnissen geworden, anderer Seits doch zu einigen, wiederum unter sich verschiedenen Rechtswirkungen gelangt⁴⁾: so fehlt es jener Aufstellung von Vorneherein an einem haltbaren Ausgangspunkte. Ueberdiess ist es gerade in der in Frage stehenden Beziehung unzulässig, auf einen Unterschied zwischen *jus civile* und *jus gentium* zu recurriren. Denn die angeführten Quellenstellen behandeln die Geschäfte zwischen dem *dominus* und dem *servus* ganz ebenso und unter Benutzung derselben Argumente ebenso, wie die Geschäfte zwischen Hausvater und Hauskind; das Institut der Sklaverei aber erscheint den Römern selbst als Institut des *jus gentium*, die Vermögensunfähigkeit des Sklaven und der Uebergang allen Erwerbes des Sklaven auf den Herren nicht minder als Satz des *jus gentium*, denn als Satz des *jus civile*. Und wenn selbst hievon abgesehen und ausschliesslich die *patria potestas*, die zweifellos nur civiler Natur ist (Gajus I. 55) ins Auge gefasst werden wollte, würde immerhin jede Spur einer Anerkennung einer naturalen Erwerbsfähigkeit zu eigenem Rechte in den römischen Quellen fehlen: denn einmal ist nicht jeder Erwerb ohne Weiteres *Peculium*; dann ist das *Peculium* selbst nicht *naturales*, sondern nur faktisches Vermögen (vgl. das zweite Buch); ausserhalb des *Peculium* aber lässt sich nicht einmal ein scheinbarer Anhaltspunkt für die Annahme einer naturalen Erwerbsfähigkeit der gewaltunterworfenen Personen entdecken.

4) Die hauptsächlichsten Vertreter der Ansicht, welche die Naturalobligationen auf das *jus gentium* zurückführt, dabei aber allerdings unter *jus gentium* sehr Verschiedenartiges versteht, sind Büchel *civilrechtl. Erörterungen* II, 93 fl.; von der Pfordten a. a. O. S. 153; Savigny, *System* I, 479. V, 378; *Obligationenrecht* I, 34 f., 115 fl.; weitere Vertreter sind angeführt bei Schwanert, die Naturalobligationen S. 20—38, 60 fl.; vergl. ausserdem Bekker im *Jahrb.* IV, 393 f., dessen *jus naturale* übrigens mit der *naturalis ratio* zusammenfällt (von Scheurl in der *krit. Zeitschrift* I, 504). Die gegenheilige im Text adoptirte Ansicht ist vor Allem vertreten von Brinz, *Kritische Blätter* III, S. 29 fl., 36 f., 51 fl.; *Pandekten* S. 571 fl., vgl. auch Holtius, *Abhandlungen civ. Inhaltes* S. 1 fl.; Schwanert a. a. O. S. 45 fl. und die bei letzterem weiter angeführten Schriftsteller; Wind-

4) Wenn sich dennoch naturale Schulden des Hausvaters gegenüber dem Hauskinde (des dominus gegenüber dem servus) erwähnt finden

L. 64. cond. ind. 12. 6.: Si quod servus domino debuit....
quia naturale adgnovit debitum.

L. 49. § 2. peculio 15. 1. (Pomponius lib. 4. ad Quint. Mucium) Ut debitor... dominus servo intelligatur....

L. 38. § 2. cond. ind. 12. 6. (Africanus lib. 9. Quaest.)
Contra si pater, quod filio debuisse... nam hic quoque manere naturalem obligationem....

so existiren dieselben nur, weil, wenn und soweit das Hauskind ein Peculium hat, also lediglich als Peculiarbestandtheile⁵⁾.

Der hauptsächlichste Beweisgrund für diese Ansicht liegt darin, dass einmal die Entstehung von naturalen Schulden des Hausvaters gegenüber dem Hauskinde in Existenz und Wesen des Peculium eine völlig ausreichende Erklärung findet und weiterhin die Existenz solcher Schulden, soweit sie nur Peculiarbestandtheile sind, mit der Vereinigung aller Vermögensrechte in der Person des Hausvaters (vgl. Z. 3) keineswegs im Widerspruche steht — während ausserhalb des Peculium die Existenz solcher Schulden weder an und für sich noch im Gegensatze zu dem eben angeführten Prin-

scheid, Pand. § 287. namentlich Note 5.; Dietzel das S. C. Mac. S. 138 fl.; Dückers de S. C. Mac. p. 56 sq.

5) Gewöhnlich wird die gegentheilige Ansicht aufgestellt: so bei von der Pfordten a. a. O. S. 133 fl., 168 fl., 184 fl., der die naturale Forderung ausdrücklich an die Person des Haussohnes, nicht an das Peculium geknüpft sein lässt; bei Savigny, System II, 35 fl., 418 fl., Obligationenrecht I, 60 fl., der dieser Naturalforderung ohne alle Beschränkung erwähnt; bei Schwanert, a. a. O. S. 285 fl., 314 f., 316 Note 51, der im Texte so argumentirt, wie wenn die Naturalforderung in der Existenz des Peculium Grund und Schranke der Wirksamkeit haben würde, in der angeführten Note aber derselben wenigstens nach Lösung der potestas selbstständige Bedeutung beimisst. Brinz, civ. Blätter III, 50 fl., betont zwar mit Entschiedenheit den historischen Zusammenhang der Naturalobligationen zwischen Vater und Sohn mit der concessio peculii, gibt aber weder am angegebenen Orte, noch in den Pandekten zu erkennen, ob er die Naturalforderung über das Peculium hinaus wirken lässt. Der im Texte vertretenen Ansicht sind dagegen entschieden Sinenis Civilrecht § 142. bei und in Note 19 u. 20; Machelard, Des oblig. natur. p. 145. sq.; Windscheid, Pand. § 289. Note 6. (übrigens auch N. 26); vgl. ausserdem die bei von der Pfordten a. a. O. S. 153. Note 2 angeführten Schriftsteller.

zipe genügend sich erklärt. Indessen lässt sich gerade dieser Beweisgrund erst in der Lehre von dem Peculium darlegen ⁶⁾). Ausserdem kommt in Betracht:

a) In den Quellen ist von naturalen Forderungen der gewaltunterworfenen Person gegen den Gewalthaber nur die Rede, wenn erstere ein Peculium hat.

Am direktesten ergibt sich diess aus der

L. 3. § 2. *statuliberis* 40. 7. (Ulp. lib. 27. ad Sabinum)
da diese Stelle, nachdem sie allgemein von einer Schuld des Herren an den Slaven gesprochen hat

Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede...

in Beantwortung der an diese Voraussetzung sich anknüpfenden Frage ohne Weiteres unterscheidet,

aut legatum huic *statulibero* fuit peculium aut non.

also unbedenklich annimmt, dass, wo eine Schuld des Herren an den Slaven vorliege, auch ein Peculium desselben vorhanden sei.

Dass diess der Fall ist, wird aber ausserdem durch die ziemliche Anzahl von Stellen bewiesen, welche die Naturalschulden des dominus oder paterfamilias, deren sie erwähnen, durchaus in Verbindung mit dem Peculium erwähnen, sei es dass sie ausdrücklich den Satz aufstellen:

id quod dominus debet, in peculium videtur haberi.

sei es dass sie überhaupt von Erhebung des Inhaltes und Umfanges des Peculium, oder von Schuldgründen sprechen, welche ein Peculium in der Hand der gewaltunterworfenen Person voraussetzen.

L. 7. § 6. u. 7., L. 17. *peculio* 15. 1. (Ulp. lib. 29. ad Edict.);

L. 6. §. 4. *pec. leg.* 33. 8. (Ulp. lib. 25. ad Sab.); L. 49.

§ 2. *pecul.* 15. 1. (Pomponius lib. 4 ad Qu. Muc.)

Diesen Stellen gegenüber kann die

L. 14. *Obl. et act.* 44. 7. (Ulp. lib. 7. Disp.): *Servi... ex contractibus... naturaliter et obligantur et obligant*

schon um ihrer Vagheit willen nicht in Betracht kommen; es setzt aber überdiess wenigstens das die Stelle abschliessende Beispiel:

6) Vorläufig mag meine Schrift über Begriff und Wesen des Peculium S. 54 ff. verglichen werden.

Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.

einen mit Peculium versehenen Slaven voraus⁷⁾.

Ebensowenig kann

die L. 64. cond. ind. 12. 6. (abgedruckt auf S. 155)

ein Bedenken erregen; denn dass sie der Beziehungen zum Peculium nicht erwähnt, erklärt sich zur Genüge daraus, dass sie nicht die Voraussetzungen, sondern die Wirkungen der in Frage stehenden Obligation erörtert.

b) Nur solche Forderungen, die in Zusammenhang mit dem vorhandenen Peculium stehen — die sich aus solchem entwickelt haben⁸⁾ —, können der gewaltunterworfenen Person gegen den Gewalthaber zustehen.

Auf diesen Satz führen zunächst Erwägungen, die erst in der Lehre vom Peculium begründet werden können, nämlich einmal die Thatsache, dass ein solcher materieller Zusammenhang mit dem vorhandenen Peculium auch erforderlich ist, wenn sich letzteres durch Forderungen gegen dritte Personen ohne neuen Concessionsakt vermehren soll, und dann die Bestimmung, dass eine Neubegründung und hiemit eine selbstständige Vermehrung des Peculium nicht verbiis, sondern nur re erfolgen kann (vgl. hierüber das zweite Buch). Denn der letztangeführte Satz steht der Auffassung der causae obligatoriae als Concessionsakte, die ausserdem wenigstens theilweise möglich wäre⁹⁾, entschieden im Wege. Müssen dieselben aber unter den Gesichtspunkt der Entwicklung des Peculium gebracht werden, so beweist neben Anderem namentlich der erst angeführte Umstand für die Nothwendigkeit einer causa peculiaris.

Aber auch direkte Quellenbelege lassen sich für diese Nothwendigkeit der causa peculiaris beibringen. Zwar anerkennt

L. 49. § 2. peculio 15. 1. (Pomponius s. c.): Ut debitor vel servo dominus vel dominus servo intelligatur, ex causa

7) Ueber L. 14. Obl. et act. vgl. den § 12. Ziff. 3 (oben Seite 94 fl.).

8) Ueber Begriff und Wesen des Peculium S. 52 f.; und eine etwas andere Formulirung bei Fitting, Castrense Peculium S. 85. Note 7. Näheres im 2. Buche.

9) Sie tritt in den Vordergrund bei Marezoll G.Z. N.F. V, S. 223 fl.; theilweise auch bei Schwanert a. a. O., z. B. S. 286 f.

civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.

ulla causa debendi; aber einmal ist das concrete Beispiel doch das mutuum, dessen Begründung kaum anders vor sich gegangen sein kann und wird, als durch numeratio aus dem Peculium in das Patrimonium; und dann handelt es sich in der L. 49. § 2. cit. direkt nur um die Fixirung des Satzes, dass die causae obligatoriae für die in Frage stehenden Obligationen zusammenfallen mit den überhaupt im Rechte als Obligations-Begründungsakte anerkannten Thatsachen. Die übrigen Quellenstellen aber, welche zweifellos eine Schuld des Gewalthabers gegen die gewaltunterworfenen Person constatiren,

L. 7. § 6. u. 7.; L. 9. § 1. peculio 15. 1.; L. 6. § 4. pec. leg. 33. 8.; L. 3. § 2. statulib. 40. 7.; L. 14. Obl. et Act. 44. 7. (durchaus Stellen aus Ulp. ad Edictum, ad Sabinum, Disput.),

sprechen überall von Darlehen, von der mit Peculienwerthen erfolgenden Besorgung von negotia, von der Einziehung von Peculiarwerthen, also von Geschäften, bei welchen der materielle Zusammenhang mit dem Peculium auf der Hand liegt. Und wenn Stellen, wie

L. 37. § 3. peculio (Julianus lib. 12. Dig.); L. 16. in rem verso 15. 3. (Alfenus lib. 2. Dig.); L. 8. § 4. peculio leg. 33. 8. (Ulp. lib. 28. ad Sabinum)

darthun, dass aus Kauf und Verkauf, aus Miethe und ähnlichen zweiseitigen Geschäften eine Forderung gegen den Gewalthaber hervorzugehen vermag, so fehlt es auch hier nicht an dem materiellen Zusammenhange mit dem Peculium. Denn die Gegenleistung kommt ja durch Zahlung oder Deduktion aus dem Peculium (vgl. hierüber unten das zweite und dritte Buch, und speciell L. 56. peculio 15. 1.).

c) Die Schuld des paterfamilias hat während Bestehens der potestas über die computatio peculii hinaus keine rechtliche Bedeutung.

Nicht blos ist nahezu überall, wo die Existenz einer solchen Schuld erwähnt wird, als Folge nur diese computatio und was damit zusammenhängt, hervorgehoben,

- L. 7. § 6. peculio: in peculium habebit;
 L. 9. § 1. e. t.: in peculium esse ei imputandum;
 L. 17. in fine e. t.: et peculium eorum augebitur;
 L. 6. § 4. peculio leg.: augere debet (peculium).

sondern es sprechen auch L. 13. C. transact. 2. 4. u. L. 56. § 1. fidej. 46. 1. entschieden gegen jede über das Peculium hinausreichende Wirksamkeit. Die erstere, ein Rescript von Diocletian und Maximinian, indem solche die zwischen Herrn und Slaven ohne Beziehung auf ein Peculium abgeschlossene transactio, also einen Vertrag, der zunächst keine Klage, sondern eine Einrede zu erzeugen bestimmt ist, ohne weitere Unterscheidung für unverbindlich erklärt:

teneri atque obligari non posse.

Die letztere dagegen:

Item si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus (Paulus lib. 15. Quaestionum).

insoferne bei fidejussio für eine der gewaltunterworfenen Person ausserhalb des Peculium, also selbstständig, zustehenden Naturalforderung jedenfalls materiell nicht eidem pro eodem Sicherheit geleistet worden wäre, und über anderweite nur formelle Bedenken die Jurisprudenz sicherlich hinwegzukommen verstanden haben würde.

d) Die Schuld des Gewalthabers gegenüber dem filius familias dauert nach Lösung der Gewalt nur dann und soweit fort, als dem letzteren das Peculium verbleibt.

Diejenigen Argumente für diese Aufstellung, die aus dem Zusammenhange der Entstehung der naturalen Forderung mit dem Peculium (a. und b.) und aus der Beschränkung ihrer Wirksamkeit auf solches (c.) sich ergeben, bedürfen keiner Auseinandersetzung. Hervorzuheben ist dagegen wiederum die

L. 3. § 2. statuliberis 40. 7. (vgl. auch a.)

Denn nach dem Inhalte dieser Stelle nimmt die römische Jurisprudenz auf Grund einer Schuld des gewesenen Herren nur dann eine Verpflichtung des heres gegen den statuliber an, wenn dem letzteren sein Peculium prälegirt ist (si legatum peculium . . . Labeo probat); und stützt anderenfalles das Resultat, das sie anstrebt —

das Freiwerden des statuliber —, direkt auf den Satz, dass der statuliber die Lösungssumme unter allen Umständen, selbst im Falle der Ademption des Peculium, aus solchem bezahlen dürfe (cum igitur ... ad libertatem. vgl. auch L. 3. § 7. e. t.); diese Argumentationsweise aber ist nur möglich, wenn die römische Jurisprudenz eine naturale Forderung des Slaven auch nach Lösung der potestas ausschliesslich unter der Voraussetzung anerkennt, dass das Peculium und mit ihm die Forderung der ehemals gewaltunterworfenen Person als Patrimonium verblieben ist ¹⁰⁾.

Freilich finden sich nun einige Stellen, in welchen die Fortexistenz der Naturalforderung nach der Freilassung, der Emancipation, dem Tode des Gewalthabers ohne Rücksicht auf das Verbleiben des Peculium angenommen zu sein scheint.

L. 38. § 2. u. L. 64. cond. ind. 12. 6. (vgl. oben im Beginne von Z. 4.); L. 14. obl. et act. 44. 7. (vgl. oben lit. a.);

L. 20. § 2. statulib. 40. 7. (Paulus lib. 16. ad Plautium).

Allein dieselben erklären sich, soweit sie von Manumission und Emancipation sprechen, daraus, dass die Belassung des Peculium bei diesen Akten nicht bloss regelmässig vorkommt, sondern geradezu präsumirt wird.

L. 53. peculio 15. 1. (Paulus lib. 11. Quaestionum): Si Stichus peculium cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum. vgl. auch L. 31. §. 2. don. 39. 5. u. fragm. Vat. § 261 (Papinianus lib. 12 Resp.).

Vom Tode des Gewalthabers aber spricht nur die

L. 38. § 2. cit. verb.: Eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset.

Solche würde denn auch in dieser Beziehung entschiedene Schwierigkeiten machen, wenn die Annahme nicht zulässig wäre, dass der filius exheredatus im Besitze seines Peculium geblieben ist. Indessen ist diese Annahme an sich zulässig, und wird durch das Beweisargument:

quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur.

insofern unterstützt, als bei völliger Unabhängigkeit der Natural-

10) Ueber den im Texte berührten Satz vgl. Madai, Die statuliberi des römischen Rechtes S. 52 fl. — dessen Aufstellungen über Zahlung aus dem Peculium übrigens keineswegs durchaus richtig sind.

forderung von dem Peculium die Verweisung auf die fortdauernde Qualität derselben als eines Peculienbestandtheiles nicht erklärlich wäre. Wenn endlich derselbe Paragraph der Lex Frater a fratre für die Unabhängigkeit der Naturalforderung von dem Peculium desswegen sprechen soll, weil er in ausgesprochenem Gegensatze zu dem § 1. stehe, der die Naturalschuld des filius als Peculien-schuld auffasst:

§ 1.: Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum

§ 2.: Contra si pater quod filius debuisset eidem emancipato solverit, non repetet . .

so ist es mindestens ebenso natürlich, diese Gegenüberstellung aus dem Gegensatze der faktischen Voraussetzungen, als aus einem jedenfalls nicht klar ausgesprochenen Gegensatze in der Entscheidung zu erklären ¹¹⁾).

Endlich könnte daran gedacht werden, in Stellen wie

L. 20. § 1. u. L. 25. § 19. fam. herc. 10. 2. (Ulp. lib. 19., Paulus lib. 23. ad Edict.)

einen Beweis nicht blos der Fortdauer, sondern auch der selbstständigen Fortdauer der Naturalforderungen an den Hausvater finden zu wollen. Indessen mit Unrecht. Beide Stellen setzen, wie theils ausdrücklich gesagt ist, theils aus der Zusammenstellung mit der praeceptio peculii in der ersten Stelle und aus der Vergleichung des zweiten Fragmentes mit L. 6. §. 4. peculio leg. 33. 8. hervor- geht, voraus: dass der gewesene filiusfamilias nach dem Tode des paterfamilias einem Dritten gegenüber verhaftet ist um eines Grundes willen, der eigentlich eine Obligirung des paterfamilias zur Folge haben sollte:

si filius familias jussu patris obligatus sit . . .

si in rem patris vertit . . .

si filius cum patrem defenderet condemnatus solverit vel vivo eo vel post mortem . . .

11) Ueber den § 2. der L. 38. cit. vgl. von der Pfordten a. a. O. S. 185 f.; Schwanert a. a. O. S. 316. Note 51.; namentlich aber Sintonis III, § 142. Note 19, und Machelard, Des obl. nat. p. 147 u. 148.

Wenn sie unter dieser Voraussetzung die Anordnung treffen, dass der *filius familias* aus dem Nachlasse für diese Schuld gedeckt werde,

debebit hoc debitum praecipere . . . ; potest aequius dici habere petitionem a coherede in familiae erciscundae iudicio.

so liegt der Grund nicht darin, dass der *filius familias* durch *negotiorum gestio* oder Ausführung eines Mandates eine Ersatzforderung gegen den *pater familias* erworben hat — dieser Annahme steht die L. 6. § 4. *pecul. leg.* 33. 8., die selbst bei legirtem *Peculium* ein klageweises Beitreiben solcher Versionsforderungen verbietet, entschieden entgegen. Die Entscheidung basirt vielmehr entweder direkt auf dem Prinzipie, welches zur Bereinigung der ausstehenden *Peculiarschulden* aus dem zum Nachlasse gehörenden *Peculium* geführt hat,

et si de peculio, peculium praecipiet, vgl. mit L. 13. C. fam. hercisc. 3. 36. u. Buch 3.

oder ist vermittelt durch die Annahme, dass in Folge der Fortdauer der Verhaftung die Auslage für den Nachlass von Seiten des gewaltfrei gewordenen Sohnes geschehen müsste, also die Grundsätze über Haftung *ex negotiis inter patrem et filium* gar nicht zur Anwendung zu kommen hätten ¹²⁾.

vgl. auch L. 18. § 1. C. fam. herc. 3. 36. (Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Domnae).

5) Weil die naturalen Forderungen des Hauskindes gegen den Hausvater nur innerhalb des *Peculium* existiren, bilden sie in Wirklichkeit keine Ausnahme von dem an die Spitze gestellten Prinzipie — oder wenigstens keine andere und weitere Ausnahme, als diejenige ist, die durch die Anerkennung eines *Peculium* des Hauskindes neben der prinzipiellen Vermögensunfähigkeit desselben geschaffen worden ist.

Eine formelle Ausnahme bilden dagegen die auf dem offi-

12) Ueber die L. 20. § 1. u. L. 25. § 19. *fam. herc.*, vgl. Cujacius *Op. Omnia* V, 355., der die Schwierigkeit, die im Verhältnisse zu L. 6. § 4. *pec. leg.* liegt, heraushebt, aber nicht hebt; von der Pfordten a. a. O. S. 204 f., der die Entscheidungen aus der angeblichen Fortdauer der Naturalforderungen erklärt, ohne irgend eine Besonderheit in solchen zu finden; Sintenis a. a. O. Note 20, der auf die Stellen eine Ausnahme von der richtig fixirten Regel gründet und diese Ausnahme in wenig scharfer Weise aus der Natur der Stellvertretung erklären will.

cium des Vaters beruhenden obligatorischen Verpflichtungen desselben gegen das Hauskind; aber auch diese Ausnahme alterirt, da sie auf ganz anderem Boden erwachsen ist, als das Prinzip selbst, dessen Geltung in keiner Weise (vgl. hierüber unten in § 28).

Ebenso gehört

6) die Wirksamkeit, welche das spätere classische Recht den Schenkungen des Hausvaters an das Hauskind in gewisser Beziehung beimisst, einem anderen Gedankenkreise an. vgl. unten den § 32. II.

§ 21. Der Erwerb durch Arrogation.

Wenn das Hauskind vermögensunfähig ist, so müssen in denjenigen Fällen, in denen ein gewaltfreier Mensch in die Gewalt kommt, alle Vermögensrechte desselben entweder erlöschen oder auf den Gewalthaber übergehen. Das römische Recht hat in diesen Fällen — die Arrogation ist neben der parallel laufenden, hier aber nicht interessirenden in manum conventio der bei Weitem wichtigste derselben (vgl. übrigens auch Gajus I. 65 fl.) und mag desshalb allein genannt werden — im Allgemeinen den zweiten dieser Wege eingeschlagen, und recurirt nur ausnahmsweise auf den ersten. So kömmt es, dass die Arrogation als eine mit der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder im engsten Zusammenhange stehende Causa des Erwerbes der Hausväter erscheint.

Ueber die Art des Erwerbes, dessen Ausdehnung und Folgen ist des Näheren Folgendes zu bemerken:

I. Die römischen Juristen fassen den Erwerb durch Arrogation als eine Art von *Universalsuccession* auf ¹⁾.

Gajus II. 97 u. 98. . . videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur. Si cui heredes facti sumus . . . sive quem adrogaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt. vgl. mit III. 83. u. pr. J. acq. per arrog. 3. 10.

Diess legt den Gedanken nahe, dass, ähnlich wie bei der here-

1) Ueber die *Universalsuccession* des pater arrogans sind zu vgl. Hasse im civ. Archiv V, 24 f.; von Scheurl in den Beiträgen I, S. 35 f., S. 246 f.

ditas, das Vermögen des Arrogandus als einheitliches Ganzes den Erwerbsgegenstand bilde.

Indessen steht dieser Annahme vor Allem entgegen, dass die Succession die Schulden nicht ergreift — weder nach dem Civilrechte, das sie erlöschen lässt, noch nach dem prätorischen Rechte, das sie gegen den arrogatus fortdauern und den pater arrogans nur als defensor filii und mit dem fiktiven Vermögen des letzteren (*quae bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subiecissent*) von solchen erfasst werden lässt (vgl. hierüber unten den § 43). Die Zusammenfassung des *aes alienum* und der activen Vermögensbestandtheile aber ist es gerade, worin sich in erster Linie die Erfassung der hereditas als eines einheitlichen Ganzes geltend macht: um derenwillen allein sie wohl erfolgt ist.

Freilich könnten auch die activen Vermögensbestandtheile zusammen möglicher Weise als ein einheitliches Ganzes aufgefasst werden, und liesse sich bei solcher Auffassung eine gewisse Uebereinstimmung mit dem gewöhnlichen Vermögensbegriff dadurch festhalten, dass das *jure civili* erfolgende Erlöschen der Schulden betont, d. h. angenommen würde: trotz des Nichtüberganges der Schulden werde auch hier in das Vermögen als einheitliches Ganzes succedirt; denn das Vermögen umfasse in Folge der Einwirkung der *capitis deminutio* nur Aktiven²⁾. Allein einmal ist nicht wohl begreiflich, warum die römische Jurisprudenz, wenn sie in der *acquisitio per universitatem* auch bei der Arrogation Erwerb des Vermögens als eines einheitlichen Ganzes sieht, nicht die Schulden als Bestandtheile des übergehenden Vermögens auffasst und hiedurch auf die einfachste Weise zu einer Verhaftung des Gewalthabers für solche gelangt — zu einer Verhaftung, die ihr nach dem Inhalte des prätorischen Ediktes (*Gajus* III. 84) frühzeitig genug bis zu einem gewissen Grade Bedürfniss geworden ist. Weiterhin finden sich in den allerdings nicht sehr zahlreichen Sätzen, die über die Wirkungen der Arrogation überliefert sind, keinerlei Spuren einer solchen idealistischen Auffassungsweise. Und endlich bietet sich ein anderweiter Ausgangspunkt für die Behandlungsweise der Arrogation dar, aus dem sich die Quellenentscheidungen einfach ableiten lassen, der

2) So z. B. Savigny, System III, S. 15. Note e.

aber allerdings zu einer *acquisitio per universitatem* in dem angeführten Sinne keineswegs zu führen vermag (vgl. II.).

Die Aufführung der *acquisitio per arrogationem* als *acquisitio per universitatem* will also nicht weiter besagen, als dass durch die Arrogation *uno actu* und ohne eine Mehrheit von Akten, welche die speziellen Vermögensrechte speziell ergreifen, die sämtlichen nicht untergehenden Vermögensaktiva auf den Gewalthaber übergehen.

L. 15. pr. adopt. 1. 7 (Ulp. lib. 26. ad Sabinum): Si pater familias adoptatus sit, omnia quae ejus fuerunt et adquiri possunt tacito jure ad eum transeunt qui adoptavit.

II. Die eigenthümlichen Wirkungen der Arrogation auf das Vermögen des arrogirten Kindes, wie sie namentlich Gajus III. 83 u. 84 darstellt, sind darauf zurückzuführen, dass vermöge einer uralten Fiction das arrogirte Kind so angesehen werden soll, wie wenn es von dem pater arrogans in rechter Ehè erzeugt worden wäre ³⁾. Denn diese Fiction führt in consequenter Anwendung dazu, dass alle Rechte und Verpflichtungen, welche bisher die Rechtssphäre des arrogirten Kindes gebildet haben, durch die Arrogation genau in den Stand versetzt werden, in welchem sie sich befänden, wenn zur Zeit ihrer Begründung der Arrogandus Hauskind gewesen wäre ⁴⁾. Dieser

3) Ueber die in der Arrogationsformel enthaltene Fiction vgl. Demelius, die Rechtsfiction S. 28 fl., namentlich S. 33. Wenn Jhering, Geist des röm. Rechtes III, S. 289, keine Fiction annehmen will, so ist wohl übersehen — was allerdings auch Demelius nicht betont —, dass sowohl nach der Formel als nach den an solche sich anschliessenden Rechtsätzen nicht blos dem arrogirten Kinde für die Zukunft die Stellung des ehelichen Kindes angewiesen, sondern geradezu statuirt wird: solches sei ex eo patre matreque familias ejus natum. vgl. auch Windscheid, Pand. § 67. Note 5.

4) Eine ähnliche Formulirung des Prinzipes findet sich bei von Scheurl, Beiträge S. 246 f. — aber ohne in Wirklichkeit bestimmend zu werden, da das Hauptgewicht auf die *capitis deminutio* und deren angebliches Wesen als bürgerlicher Tod gelegt wird. Schärfer fasst den Gedanken eine gelegentliche Bemerkung von Dernburg (Kritische Zeitschrift I, S. 7) in's Auge. Die neueste Aufstellung dagegen (Kuntze, Coursus der Inst. § 384) gibt ein ganz anderes Prinzip: die in jure legitimo begründeten Privatrechtsverhältnisse sollen erlöschen, die aus dem *jus gentium* oder *jus naturale* herleitbaren Privatrechtsverhältnisse intakt bleiben — freilich ohne anderen Anhaltspunkt als die L. 8. cap. min. 4. 5. vgl. im Uebrigen unten in Note 5 und 6.

Satz aber dient jedenfalls mehr als irgend einer der sonst wie behaupteten Ausgangspunkte zu der Erklärung der unzweifelhaften Folgen der Arrogation im Ganzen und im Einzelnen. Der Beweis hiefür liegt, was die Fiction selbst betrifft, zunächst in der sicherlich uralten Rogationsformel, die Gellius (*Noctes atticae* V. 19) überliefert:

Velitis jubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, *quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset* . . .

und die überdiess von Proculus (lib. 8. *Epistol.*) bestätigt wird:

.. sed si sic adoptavit, ut etiam jure legis nepos suus esset, quasi (besser nach Mommsens Conjectur: uti tam jure lege nepos esset, quam si) ex Lucio puta filio suo et ex matre familias ejus natus esset . . . (L. 44 adopt. 1. 7.)

Der Beweis dafür aber, dass die klassische Jurisprudenz diese Formel bei ihren Argumentationen verwendete, namentlich auch bezüglich der Einwirkung der Arrogation auf die Rechtsverhältnisse, ist ebenfalls in dieser Stelle enthalten,

vgl. ausserdem L. 11. jud. 5. 1 (*Ulp. lib. 12. ad Edict.*) . .
quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.

noch mehr in der Gestaltung dieser Einwirkung selbst, die selbstverständlich auch den in der Rogationsformel enthaltenen Beweis für die Fiction zutreffenden Falles aufs Erheblichste zu verstärken geeignet ist.

Was nun diese Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach der Arrogation betrifft, so ist zu unterscheiden:

1) Diejenigen Rechte und Pflichten, welche dem Hauskinde als Hauskinde erworben werden können, die also im Falle der Erwerbung während der patria potestas zur Entstehung kommen, aber nicht für den Hausvater, sondern für das Hauskind, bleiben von der Arrogation unberührt. Diess ist in den Quellen ausgesprochen in Beziehung auf die publica jura, die, wie sie dem Haussohne zustehen können,

L. 9. his qui sui 1. 6 (*Pomponius lib. 16. ad Quint. Muc.*)
so auch durch die Arrogation nicht alterirt werden;

L. 5. § 2. capite min. 4. 5. (*Paul. lib. 11. ad Ed., Ulp. lib. 51. ad Sab.*)

in Beziehung auf die Befugniss zur Führung der Tutel, die, ebenfalls in Uebereinstimmung mit der Fähigkeit der Hauskinder zur Führung von Vormundschaften,

L. 9 cit. u. L. 11. tut. act. 27. 3 (Ulpian lib. 35. ad Edict.) im Allgemeinen durch die Arrogation weder aufgehoben noch auf den Gewalthaber übertragen wird;

L. 7. pr. cap. min. 4. 5. (Paul. lib. 11. ad Edict.) Tutelas etiam non amittit capitis minutio . . (vgl. Näheres zu Z. 3). in Beziehung auf Delicte der zu arrogirenden Person und deren Folgen;

L. 2. § 3. cap. min. 4. 5. (Ulp. lib. 12. ad Edictum) vgl. mit L. 57. pr. jud. 5. 1. (Ulp. lib. 41. ad Sab.) und mit den §§ 40 u. 43.

in Beziehung auf die Obligationes, quae naturalem praestationem habent,

L. 8. cap. min. (Gajus lib. 4. ad Edictum prov.) beziehungsweise die Verhältnisse, die in facto potius, quam in jure bestehen

L. 10. e. t. (Modestinus lib. 8. Differ.)

— denn, worin jene Obligationen und diese Verhältnisse auch bestehen mögen (vgl. hierüber unten § 27): jedenfalls bleiben sie nicht blos der arrogatio unerachtet den Berechtigten erhalten, sondern können auch von Vorneherein Hauskindern zustehen (L. 8. cit.) —; in Beziehung endlich auf die Injurienklage und ähnliche actiones vindictam spirantes, die wenigstens ausnahmsweise den Hauskindern in eigener Person zustehen,

L. 17. § 10 u. fl. in jur. 47. 10. (Ulp. lib. 57. ad Edictum) u. a. m.

und ebenso durch die arrogatio weder aufgehoben, noch völlig auf den paterfamilias übertragen werden

L. 7. § 1. cap. min. vgl. mit L. 17. § 22. injur. und unten im § 27. (I. 1—3, II. 3).

Bei keinem der Rechtsverhältnisse, die constatarter Massen nach der Arrogation dem arrogatus selbst noch zustehen, lässt hienach das Prinzip im Stiche: fraglich kann dagegen allerdings dem ersten Anscheine nach sein, ob es in Beziehung auf alle Rechtsverhältnisse, in denen der Haussohn als Haussohn zu stehen vermag, zutrifft; vgl. aber hierüber unten Ziff. 3.

2) Diejenigen Rechte und Pflichten, welche das Hauskind als Hauskind, aber nicht sich, sondern dem Hausvater erwirbt, gehen mit der Arrogation und durch solche auf den Gewalthaber über.

Auch dieser consequente Satz ist in den Quellen nach der Richtung hin zweifellos bestätigt, dass alle Rechte und Pflichten, welche constatarter Massen durch die Arrogation auf den Gewalthaber übergehen, bei Erwerb durante potestate Rechte und Pflichten des Gewalthabers geworden wären. So die potestas über die Kinder des arrogatus;

Gajus I. 107 (L. 2. § 2. adopt. 1. 7.); L. 15. pr. adopt. (Ulp. lib. 26. ad Sab.), L. 40. pr. e. t. (Modestinus lib. 1.

Differ.), Ulp. VIII. 8. u. a. m. vgl. mit § 2 am Schlusse. so die grosse Mehrzahl aller activen Vermögensrechte, wie namentlich Eigenthum und Forderungen, deren Uebergang auf den pater arrogans ebenso zweifellos ist, als die Möglichkeit des Erwerbes derselben durch das Hauskind;

Gajus III. 83 . . cum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierve in manum venit, omnes eorum res incorporales et corporales, quaeque eis debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur . . . vgl. mit § 1. J. acq. per arrog. 3. 10, L. 15. pr. adopt. 1. 7 (Ulp. lib. 26. ad Sabin.), L. 11. § 2. b. p. s. t. 37. 11 (Papinianus lib. 13. Quaest.), und mit den §§ 10 u. 12

so die hereditas und zwar einschliesslich der Erbschaftsschulden;

Gajus III. 84. vgl. mit dem § 13;

so der Besitz;

L. 16. precario 43. 26. (Pomponius lib. 32. ad Sabin.) vgl. mit dem § 10. I.

so für die Regel die aus der litis contestatio entstehenden Ansprüche.

L. 22. § 3. inoff. test. 5. 3 (Tryphon. lib. 17. Disp.);

Gajus III. 83, vgl. übrigens auch unten Z. 3.

Eine weitere Bestätigung liegt darin, dass die Art des Erwerbes auf jene Fiction und deren Consequenzen zurückweist — wie sich diess einmal darin nicht verkennen lässt, dass das Vermögen nicht als Vermögen, als einheitliches Ganzes übergeht (vgl. hierüber unter I.), und dann in der eigenthümlichen Behandlung der Erb-

schaftsschulden. Die Erbschaftsschulden gehen nämlich nicht blos auf den Arrogator jure civili über, während andere Schulden des arrogatus den Adoptivvater nicht belasten, sondern sie gehen auch in der Weise über, dass der Adoptivvater directo jure haftet und das Adoptivkind ipso jure befreit wird.

Gajus III. 84. . . suo nomine . . directo tenetur jure.

Und zwar geschieht diess, ohne dass sich diese Behandlung aus der Auffassung der hereditas als eines einheitlichen Ganzen genügend erklären liesse⁵⁾. Denn einmal fehlt es sonstwie an irgend ausreichenden Anhaltspunkten dafür, dass die hereditas auch nach der Erwerbung noch ein von dem übrigen Vermögen des Erben geschiedenes einheitliches Vermögen bilde. Weiterhin aber würde sich mit dieser Auffassung auch die Motivirung von Gajus nicht vereinigen lassen, die, so lückenhaft sie überliefert ist, immerhin erkennen lässt, dass der pater arrogans nicht als Successor des filius, sondern als Successor (heres) des Erblassers tenent sein solle. Ist dagegen in Folge der Arrogation das Adoptivkind so anzusehen, wie wenn es vom Adoptivvater in rechtsgültiger Ehe erzeugt wäre, so ist die Behandlung der Erbschaftsschulden durchaus folgerichtig: wäre ja der Gewalthaber durch den von Seiten seines Hauskindes vorgenommenen Erbschaftsantritt unmittelbar Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden, der Delat selbst aber von den Erbschaftsschulden völlig unberührt geblieben (vgl. hierüber den § 13. Z. 4).

Zugleich beweist diese Behandlung der Erbschaftsschulden, dass

5) Diess versucht von Scheurl, Beitr. I, S. 46 f., indem er die Bestimmung bezüglich des Ueberganges des hereditarium aes alienum auf den pater arrogans als hauptsächlichsten Beweisgrund für den Satz aufführt, dass die Einheitlichkeit der hereditas (»die Fortexistenz der Persönlichkeit des Erblassers«) nach dem Erbschaftserwerbe fortdaure. Gegen diese Fortdauer, die ausser von Scheurl namentlich von Puchta, Pand. und Vorles. § 446 und 447 vertreten wird, vgl. Windscheid in der Krit. Ueberschau I, S. 194 f.; Pagenstecher, Krit. Zeitschr. I, S. 32 f.; Brinz, Pand. S. 667; Unger, Erbrecht § 2. Note 7; speciell gegen das Argument, das Scheurl der gajani-schen Stelle entnimmt: Windscheid, a. a. O. S. 167, — der übrigens zugibt, dass sich in solcher die alte Zusammengehörigkeit der Erbschaft noch geltend mache; Brinz, S. 670 u. 671., der in der Stelle successive Erbfolge findet; Pagenstecher, a. a. O. S. 34 u. 35., der dieselbe — ganz mit Unrecht — von Arrogation vor dem Antritte der Erbschaft versteht. (vgl. hiegegen auch Scheurl a. a. O. S. 322.)

es nicht richtig wäre, den leitenden Grundsatz dahin zu formuliren: der arrogatus erwerbe dem pater arrogans im Augenblicke der Arrogation Alles nach den Normen, welche für den Erwerb durch personae subjectae gelten — eine Formulirung, die auch mit den unter Z. 3 zu referirenden Sätzen nicht harmoniren würde.

Im Uebrigen liegt die einzige anscheinende Inconsequenz auch zu diesem zweiten Folgesatze darin, dass bei der Arrogation Rechte erlöschen und nicht auf den Hausvater übergehen, die von dem Hauskinde dem Hausvater erworben werden können, vgl. aber hierüber Ziff. 3.

3) Diejenigen Rechtsverhältnisse, welche durch das Hauskind überhaupt nicht begründet werden können — weder für das Hauskind noch für den Hausvater — müssen mit der Arrogation erlöschen.

So consequent sich dieser Satz aus dem Prinzipie ergibt, so wenig scheint er Anwendung finden zu können: denn im classischen Rechte gibt es kein öffentliches Recht, wie kein Familien- oder Vermögensrecht, das das Hauskind nicht entweder für sich oder für den Gewalthaber erwerben könnte (vgl. auch die §§ 10—13); und ebenso ist das Hauskind verpflichtungsfähig gleich dem homo sui juris (vgl. unten den § 36 flg.). Finden sich desshalb dennoch Rechte und Pflichten die mit der Arrogation erlöschen, so scheint diess im Widerspruche mit dem angeführten Prinzipie oder wenigstens auf Grund einer neben diesem Prinzipie stehenden Rechtsanschauung zu geschehen. Und diese Annahme wird noch dadurch unterstützt, dass der Untergang der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse in den Quellen als Folge nicht der arrogatio, sondern der capitis deminutio minima erscheint,

Gajus III. 83: *exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt*; L. 2. § 1. cap. min. 4. 5 (Ulp. lib. 12. ad Edictum);

L. 7. pr. e. t. (Paulus lib. 11. ad Edict.),

also als Folge eines Ereignisses, das zwar die arrogatio, aber daneben noch eine Reihe anderer Aenderungen in den Familienverhältnissen umfasst.

Indessen sind die Rechtssätze über die Einwirkung der capitis deminutio minima auf Recht und Vermögen zweifellos zu einer Zeit entstanden, in welcher eine persona alieno juri subjecta mindestens keines activen Privatrechtes fähig war; also der Natur der Sache

nach an denjenigen Fällen der *capitis deminutio* ausgebildet worden, in welchen solche einen rechts- und vermögensfähigen Menschen trifft, d. h. an den *capitis deminutiones* durch *Arrogation* und durch *in manum conventio*. Und weiterhin zeigt Gajus III. 84 u. IV. 38 mit Bestimmtheit, dass es sich auch mit dem Einflusse auf die Schulden nicht anders verhält; denn nur bei einem Menschen, der bis dahin gewaltfrei war, kann *hereditarium aes alienum* und kann eventuelle *Execution* in das Vermögen in Frage stehen — wie denn auch die prätorische *Restitutio*, die allerdings in weiterem Umfange zugesagt ist (L. 2. § 1. cap. min.), nach Gajus aufs Engste mit dieser Vermögensexecution zusammenhängt (vgl. Näheres unten im § 43). Aus diesem, so wie aus dem weiteren Grunde, dass die *uxor in manu filiae familias loco* ist, ist es allerdings zulässig, da wo nicht unmittelbar die Aufhebung des Familienverbandes (*agnatio*) und deren direkte Folge in Frage stehen, die Wirkungen der *capitis deminutio* aus Prinzipien zu erklären, die direkt nur für die *Arrogation* nachgewiesen werden können. Das Rückgreifen auf solche Spezialgründe wird selbst zur Nothwendigkeit, wenn die Argumentationen aus dem Wesen der *capitis deminutio* — von welcher Auffassung dieses Wesens auch ausgegangen werden mag — nirgends sich als ausreichend erweisen wollen. Diess aber darf hier wohl unbedenklich angenommen werden ⁶⁾.

Der Durchgang durch das *mancipium*, auf welchen namentlich

6) Die vernichtende Wirkung der *capitis deminutio minima*, namentlich die Aufhebung der Schulden durch solche, wird, soweit überhaupt eine Erklärung versucht wird — diess geschieht z. B. nicht von Puchta Instit. II, § 220., von Vangerow, Pand. Anm. 2 zu § 34. Ziff. 3. — zurückgeführt auf den Durchgang des *capite minutus* durch das *mancipium* von Donellus, Op. Omn. V, 1075 und Glück IV, 26; auf die in der *capitis dem. min.* liegende Umwandlung des Menschen von Savigny, System II, 70. und Walter, Rechtsgeschichte II, § 516 (*Umwandlung der angezeugten Persönlichkeit*); auf die Analogie der *capitis deminutio maxima* und *media* von Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 264 f. (neben anderen, wenig verständlichen Gründen und neben der Bemerkung, dass der Untergang der Schulden »ganz das Gepräge des ältesten oft baroken *jus civile* an sich trage«); auf den Untergang der privatrechtlichen Persönlichkeit oder bürgerlichen Tod, den die c. d. m. darstelle, von Scheurl, Beiträge S. 232 f., namentlich S. 244 ff. und nach ihm von Schwannert, Naturalobl. S. 411 ff., Machelard, Des obl. nat. p. 318 u. 323. — vgl. auch die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Rein, das röm. Civilrecht §. 121 ff.

Aeltere hinweisen, trifft nicht bei jeder *capitis deminutio*, vor Allem nicht bei der *Arrogation*, zu. Die Annahme ferner, dass die *capitis deminutio* eine Umwandlung des Menschen, eine Umwandlung oder Vernichtung der Persönlichkeit, ein bürgerlicher Tod sei, enthält einmal — namentlich in der ersten Formulirung — einen wenig klaren und wenig bestimmten Gedanken; unterliegt aber auch hievon abgesehen den erheblichsten Bedenken: insoferne Gajus III. 153 — welche Stelle wohl die äussere Veranlassung zu der Zusammenstellung der *capitis deminutio* mit dem Tode abgegeben hat — mit grösserer Wahrscheinlichkeit auf die *capitis deminutio magna* als auf die *c. d. minima* bezogen wird; insoferne weiterhin der Parallelisirung der *c. d. minima* mit dem Tode entschieden entgegenstehen einer Seits die mit Grund nicht zu beanstandende Fortdauer der *justae nuptiae* (Gajus I. 135) und der nicht auf dem *Agnationsverban*de ruhenden *tutela* (L. 7. pr. cap. min. 4. 5., vgl. unten lit. c.), anderer Seits die Thatsache, dass die Schulden nicht wie bei der *capitis deminutio magna* und der Beerbung auf den Erwerber der Vermögensaktiven übergehen (Gajus III. 84 und unter lit. a.); insoferne endlich ein greifbarer und innerlich gerechtfertigter Grund für eine Gleichstellung der *capitis deminutio minima* und des Todes nirgends erhellen will. Und die Analogie der *capitis deminutio maxima* und *media* — soweit in der Betonung derselben eine eigenthümliche und nicht die eben besprochene Auffassung sich geltend macht — ist schon desswegen zur Erklärung wenig geeignet, weil sie gerade in den praktischen Hauptfragen, nämlich bezüglich des Schicksales der Masse der Vermögensaktiven und der Schulden, im Stiche lässt.

Freilich fragt sich nun vor Allem: ob die zu erklärenden Folgen der *cap. dem. minima*, deren Erklärung aus dem Wesen dieser *cap. deminutio* nicht ausreichen will, mit dem für die *Arrogation* aufgestellten Prinzipie harmoniren? Bei der Beantwortung dieser Frage darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Ausbildung der *capitis deminutio* zweifellos einer sehr frühen Zeit angehört, und dass deshalb aus dem Widerspruche einzelner Folgen der *capitis deminutio* mit dem Rechtszustande in classischer Zeit nicht ohne Weiteres auf die Unrichtigkeit des den Wirkungen unterlegten Prinzipes geschlossen werden darf. Die Sätze über die Einwirkung

der *cap. deminutio minima* bildeten sich eben auf Grund des alten Rechtszustandes, und blieben; auch nachdem dieser Rechtszustand mannigfach sich geändert hatte, ungeändert bestehen, — sei es weil das praktische Bedürfniss eine entsprechende Aenderung nicht verlangte, beziehungsweise anderweite Erwägungen auf die Beibehaltung der betreffenden Sätze hinführten (so bei Personalservituten, *tutela legitima*, *operarum promissio*), sei es, weil das frühzeitige Eingreifen des Prätors eine Aenderung der Civilrechte überflüssig machte (so bei den Schulden). Sobald desshalb anderweite Gründe die Annahme einer entsprechenden Aenderung des Rechtszustandes unterstützen, kann darin, dass das classische Recht die Begründung von Rechtsverhältnissen *durante potestate* zulässt, die *cap. dem. minima* aber solche zerstört, kein Widerspruch gefunden werden.

Vernichtet werden nun durch die *capitis deminutio minima*, ausser den hier nicht weiter in Betracht kommenden reinen Poteitäts- und Familienrechten

a) die Schulden des *capite deminutus*, soweit sie nicht aus Delikten hervorgehen oder zu dem *hereditarium aes alienum* gehören (vgl. über diese Ausnahmen oben Z. 1. und 2) ⁷⁾).

Allerdings erlöschen diese Schulden nur *jure civili* und werden *jure praetorio* mittelst *restitutio in integrum* erhalten.

Gajus III. 84.; L. 2. § 2. *cap. min.* 4. 5. und dazu Näheres unten in § 43.

Aber sie erlöschen eben doch, während im classischen Rechte das Hauskind unzweifelhaft verpflichtungsfähig ist.

L. 39. *Obl. et. Act.* 44. 7. (Gajus lib. 2. *ad Edict. prov.*) und Näheres in den §§ 36. und 37.

Liegt nun nicht hierin ein entschiedener Widerspruch mit dem aufgestellten Prinzip? Keineswegs; denn es sprechen gewichtige Gründe dafür, dass jene Verpflichtungsfähigkeit dem ältesten Rechte nicht angehört (vgl. hierüber den § 37). Ueberdiess ist ein anderer irgend haltbarer Grund des vernichtenden Einflusses der *capitis deminutio minima* auf die Schulden nirgends zu finden. Darf dagegen angenommen werden, dass die *homines alieni juris* in alter Zeit nicht anders als durch Delikte verpflichtungsfähig waren, so

7) Vgl. die in Note 6 citirte Literatur.

ist es ganz consequent, dass in denjenigen Fällen der *capitis deminutio*, welche den *homo sui juris* zu einem *homo alieni juris* machen, die Schulden desselben erlöschen. Andere Fälle der *capitis deminutio minima* aber, wie namentlich die *Emancipation*, konnten, wenn die *homines alieni juris* verpflichtungsunfähig waren, selbstverständlich nach der in Frage stehenden Richtung hin auf die Fixirung der Wirkungen der *capitis deminutio* nicht von Bedeutung werden.

Hiebei kann die Fortdauer einer *Naturalobligation* nach der *capitis deminutio*, wie sie für das classische Recht, z. B. in

L. 2. § 2. *cap. min.* 4. 5. (*Ulp. lib. 12. ad. Edict.*)

constatirt ist, nicht in Betracht kommen: denn das Recht derjenigen Zeit, in welcher sich jene Wirkung der *cap. dem. minima* fixirt haben muss, kennt die *Naturalobligationen* nicht; die spätere Anerkennung einer solchen *Naturalobligation* aber beweist nur, dass sich die *Jurisprudenz* späterhin des Widerspruches der Vernichtung der Schuld mit den neueren *Rechtsanschauungen* beziehungsweise mit dem practischen Bedürfnisse bewusst geworden ist — was neben der *praetorischen* Bestimmung über die bedingungslose *Restitution* gegen den Verlust (L. 2. § 2. *cap. min.*) nahe genug liegen musste.

Ein weiteres Rechtsverhältniss, welches nach *Gajus III. 83.* durch die *capitis deminutio minima* vernichtet wird — und zwar ohne dass das *praetorische* Recht eine Abhülfe gewährt — ist

6) der *ususfructus*,

Paulus III. 6. §§ 28. f.; L. 1. L. 3. *quib. modis ususfr.* 7. 4. (*Ulp. lib. 17. ad Sab.*); § 1. *J. acq. per arr.* 3. 10.; L. 16. *pr. C. usuf.* 3. 33. (*Imp. Justinianus A. Juliano P. P.*)

welchem der *usus* in dieser Beziehung gleich gestellt ist ⁸⁾.

vgl. § 1. *J. l. c.* (3. 10.).

Auch der Ableitung dieses Satzes aus dem aufgestellten Prinzipie steht zunächst entgegen, dass nach classischem Rechte die *persona subjecta* zwar keine derartige *Personalservitut* zu eigenem Rechte haben, wohl aber solche dem *Gewalthaber* erwerben kann.

8) Ueber den Untergang der *Personalservituten* vgl. *Savigny, a. a. O. S. 97 fl.* (ohne spezielle Motivirung); von *Scheurl, a. a. O. S. 243 fl., 246* (mit spezieller Berufung auf den in der *c. d.* liegenden bürgerlichen Tod).

L. 6. § 2. usufr. 7. 1. (Gajus lib. 7. ad Ed. prov.); Vat. fragm. § 51. und das Nähere im § 10. unter II. 1.

Indessen fehlt es auch bei diesen Personalservituten nicht an Anhaltspunkten für die Annahme, dass im alten Rechte der Erwerb für den Gewalthaber unmöglich gewesen sei: namentlich will die aussergewöhnliche Persönlichkeit dieser Rechte einem solchen Erwerbe im Wege stehen und lässt sich die Zulassung desselben ausreichend nur unter der Annahme erklären, dass die gewaltunterworfenene Person völlig als Erwerbswerkzeug des Gewalthabers anerkannt ist; die scharfe Erfassung dieses Verhältnisses aber gehört sicherlich nicht der ältesten Zeit an (vgl. § 7. I. und § 11. II.). Dazu kommt, dass wenigstens bei dem usus noch in klassischer Zeit die Möglichkeit des Erwerbes für den Gewalthaber nicht ausser Zweifel steht (Africanus in L. 17. usu 7. 8.), und dass die anderweiten Versuche, das Erlöschen dieser Rechte im Falle der capitis deminutio minima zu erklären, nicht recht ausreichen wollen: weder die Berufung auf die Unübertragbarkeit beider Rechte — in Folge der oben hervorgehobenen aussergewöhnlichen Persönlichkeit der beiden Rechte, welche auch im classischen Rechte eine Beziehung des Rechtes zu dem gewaltunterworfenen Individuum herbeigeführt hat, und es wohl ermöglicht hätte, um der Fortdauer dieses Individuums willen über jenes formelle Bedenken wegzusehen — noch die Berufung auf den in der capitis deminutio minima angeblich enthaltenen bürgerlichen Tod — denn die c. d. minima ist eben kein bürgerlicher Tod.

Wollen übrigens diese Anhaltspunkte nicht als ausreichend erachtet werden, so steht doch das Erlöschen der Personalservituten, das Justinian schliesslich beseitigt hat,

L. 16. § 2. C. usufr. 3. 33.; § 3. J. usufr. 2. 4.

nicht im Widerspruche mit dem aufgestellten Principe: denn es muss eben dann solches aus der eigenthümlichen Natur derselben, namentlich deren Höchstpersönlichkeit, erklärt werden. Aehnlich verhält es sich

c) mit der tutela legitima agnatorum, welche nach

L. 7. pr. capite min. 4. 5. (Paulus lib. 11. ad Edict.) vgl. auch L. 3. § 9. und L. 5. § 5. leg. tut. 26. 4. (Ulp. lib. 38. ad Sab. und lib. 35. ad Edictum); § 4. J. quib. mod. tut. 1. 22.

durch die *cap. dem. minima* des Tutor völlig erlöscht, so dass eine neue Delation stattfindet ⁹⁾. Dieses Erlöschen kann nämlich zur Genüge daraus erklärt werden, dass die *capitis deminutio minima* die Agnation zerstört. Denn da die *tutela legitima* dem Agnaten als Agnaten deferirt wird, ist es immerhin erklärlich, wenn die Zerstörung des Agnationsverbandes die *tutela* aufhebt — obwohl nicht verkannt werden darf, dass die Parallele der bereits erworbenen und übernommenen *tutela* mit der nur deferirten *hereditas*, wie sie Paulus aufstellt:

sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati.

nicht vollkommen zutrifft. Will diese Erklärung adoptirt werden, so ist das Erlöschen der Tutel für die hier vorliegende Frage so bedeutungslos, als das Erlöschen der Agnatio und der mit ihr zusammenhängenden Stellung: aber auch in keiner Weise im Widerspruch mit dem aufgestellten Principe.

Indessen ist noch eine andere Erklärung möglich. Sie stützt sich auf die Annahme, dass die *tutela legitima agnatorum* den Hauskindern nicht habe deferirt werden können. Diese Annahme ist fürs Erste innerlich wahrscheinlich: insoferne kaum glaublich ist, dass die *tutela legitima agnatorum*, die prävalirend als selbstnütziges Recht des nächststehenden Agnaten erscheint und sich hiedurch sowohl von der *tutela testamentaria*, als den späteren gesetzlichen Vormundschaften unterscheidet, einem des eigenen Rechtes nicht fähigen Hauskinde hätte zustehen sollen. Sie findet aber überdiess eine direkte Bestätigung in den ersten Worten der L. 7. pr. cit., sobald solche nur so gelesen werden dürfen, wie die Logik des Gedankens fast unbedingt fordert, nämlich

Tutelas etiam non amittit capitis minutio exceptis his, quae in jure alieno personis positae non deferuntur.

Denn bei diesem Texte sagt Paulus ausdrücklich, dass nur die-

⁹⁾ Ueber den Einfluss der *c. d. m.* auf die Tutel vgl. Rudorff, Vormundschaft III, 238; Savigny II, 77. namentlich Note p.; von Scheurl, a. a. O. S. 248; und ausserdem speciell über L. 7. pr. cap. min. 4. 5: Huschke im rhein. Museum VII, 168 f. und Vangerow Anm. zu § 288.

jenigen Tutelen von der *capitis deminutio* betroffen werden, die ein Hauskind überhaupt nicht führen könne, und weist hiemit in erster Linie, wenn auch vielleicht ohne klare Einsicht in dieses Verhältniss — wenigstens lässt diess die weitere Motivirung fast vermuthen — auf den eigentlichen Grund des Satzes zurück. Selbstverständlich ist bei dieser Erklärung der Untergang der *tutela legitima agnatorum* eine direkte und wichtige Bestätigung des an die Spitze gestellten Prinzipes.

Weiterhin erlöscht nach Gajus III. 83. durch *capitis deminutio minima*

d) die *operarum obligatio libertorum, quae per jusjurandum contracta est* ¹⁰⁾.

vgl. auch § 1. J. acq. per arrog. 3. 10.

Auch diese Bestimmung lässt sich aus dem Zusammenhange der *operarum obligatio* mit dem *jus patronatus*, und des *jus patronatus* mit der Gentilität ableiten: denn dieser letztere Zusammenhang hatte nach altem Civilrechte die Folge, dass das *jus patronatus* mit der *cap. dem. minima* erloschen ist — wenigstens lassen diess die noch im classischen Rechte geltenden Sätze über das civile Erbrecht des patronus (Gajus III. 51.; Pomponius in L. 2. § 2. bon. lib. 38. 2.; Julianus in L. 23. pr. e. t. u. a. m.) vermuthen —; der Zusammenhang der *operarum (officialium) obligatio* mit dem Patronatrechte aber

L. 9. § 1. op. lib. 38. 1. (Ulpianus lib. 34. ad Sab.) Sed
 officiales quidem futurae nec cuiquam alii deberi possunt,
 quam patrono, cum proprietates earum et in edentis persona

10) Savigny II, 81. und Scheurl, a. a. O. S. 247. (unter ausschliesslicher Berufung auf den Zusammenhang mit dem Patronate und dessen Untergang durch c. d. m.). Ueber Patronatus und *operarum obligatio* im Allgemeinen vgl. Zimmermann, Rechts-Gesch. II, §§ 217 u. 218; Keller, Instit. S. 222 f.; Walter, Rechtsgeschichte II, §§ 494—500. Die bei Savigny, Puchta und Anderen als unzweifelhaft sich findende Aufstellung, dass das *jus patronatus* mit der c. d. m. des patronus erlösche, ist übrigens wenigstens für das classische Recht nicht ganz unbedenklich: vgl. z. B. L. 10. § 6. in jus voc. 2. 4 (Ulp. lib. 5 ad Edict. mit Berufung auf Pomponius); L. 7. § 7. operis lib. 38. 1 (Ulp. lib. 28 ad Sabin.); L. 3. §§ 1 u. 2. assign. lib. 38. 4 (Ulp. lib. 15 ad Sab.); sie findet sich auch bei Zimmermann und Walter a. a. O. nicht.

et in ejus cui eduntur, constitit... vgl. auch L. 6., L. 7.
pr. e. t. u. a. m.

scheint mit Nothwendigkeit zu dem Erlöschen der operarum obligatio zu führen.

Indessen fehlt es doch nicht an Bedenken gegen diese Argumentation. Einmal soll der Anspruch auf die operae den Kindern des Patronus, wenn die operae auch diesen zugesichert sind, ohne Rücksicht auf Emancipation und datio in adoptionem zustehen.

L. 7. § 7. und 8. e. t. (Ulp. lib. 28. ad Sab.)

Dann aber und namentlich heben zwar nicht die Institutionen, wohl aber Gajus mit Betonung hervor, dass diejenige operarum obligatio erlösche,

quae per jusjurandum contracta est,

wird also wenigstens für die Zeit des Gajus die Geltung des gleichen Satzes für die durch promissio begründete operarum obligatio verneint — während doch die stipulatio wie das juramentum auf operae officiales sich beziehen kann und der obligatio keinen mehr vermögensrechtlichen Charakter gibt als der Eid. Diese Betonung des juramentum legt aber ihrer Seits den Gedanken nahe, dass das Erlöschen mit der Form des Obligationsbegründungsaktes zusammenhänge. Der Zusammenhang würde darin bestehen, dass die ursprünglich alleinige, dem Sacralrechte angehörende Form des Versprechenseides ¹¹⁾ in alter Zeit — anders als im classischen Rechte (vgl. L. 8. pr. op. libert. 38. 1. Pomponius lib. 8. ad Sab.) — nur dem Patron selbst, nicht auch dessen persona subjecta gegenüber gültig abgeleistet, die operarum obligatio also wenigstens mittelst Eides durch gewaltunterworfenen Personen nicht erworben werden konnte.

Wäre diese Hypothese begründet, so läge in dem Erlöschen der operarum obligatio eine direkte Bestätigung des aufgestellten Grundsatzes: andernfalls widerspricht sie wenigstens demselben nicht.

Eine sicherere Stütze für diesen Grundsatz gibt indessen doch das letzte Recht, welches Gajus durch die capitis dem. minima erlöschen lässt, nämlich

¹¹⁾ Jhering, Geist des röm. Rechtes I, S. 263 f.; vgl. auch Mommsen, röm. Forschungen I, S. 370.

e) der durch *Litiscontestatio* im *legitimum judicium* für den Kläger entstehende Anspruch ¹²⁾ — denn dass die corrumpten Schlussworte von III. 83. auf diesen Anspruch sich beziehen, kann wohl nicht beanstandet werden, ob solche mit Huschke, Böcking und Anderen gelesen werden:

quae continentur legitimo judicio.

oder mit Rudorff:

et lites contestatae legitimo judicio.

Hier weist schon die Beschränkung des Satzes auf *legitimum judicium* den Zusammenhang mit dem alten Rechte und alten Prozesse nach: denn da solcher aus den noch im classischen Rechte fort-dauernden Verschiedenheiten zwischen *legitimum judicium* und *judicium, quod imperio continetur* (Gajus IV. 103. f.), sich in irgend haltbarer Weise nicht ableiten lässt, kann die Beschränkung nur darin ihren Grund haben, dass der Satz sich in sehr früher Zeit gebildet, und aus dieser Zeit her sich für das technisch sogenannte *judicium legitimum*, das überhaupt den alten Prozess in Voraussetzungen und Wirkungen fortsetzt ¹³⁾, erhalten hat. In jener frühen Zeit lässt sich nun ein doppelter Grund für den Satz denken: entweder macht sich die Unmöglichkeit der Stellvertretung im Legisaktionenprozesse (Gajus IV. 82. und Ulpian. in L. 123. pr. R. J.) geltend oder fehlt es dem Hauskinde überhaupt an der Fähigkeit, vor dem Civilgerichte aufzutreten (Mangel der sogenannten *persona standi in judicio*). Im einen wie im anderen Falle kann das Hauskind nicht blos sich, sondern auch dem Hausvater eine Prozessobligation nicht erwerben, ist also das Erlöschen der in der Person des *Arrogatus* begründeten *Obligatio* folgerichtig. Fragt es sich aber, welchem dieser beiden Ausgangspunkte der Vorzug zu

12) Ueber den im Texte angeführten Anspruch und die betreffenden Worte von Gajus III, 83: Huschke, Studien S. 277, der den Anspruch auf gleiche Stufe mit dem Agnationsrechte stellen und hieraus sein Erlöschen erklären will; Savigny a. a. O. S. 81; von Scheurl, a. a. O. S. 247 ff., der hier den richtigen Grundsatz zur Anwendung bringt; Rudorff in den Abhandlungen der Berliner Akademie 1865, S. 340 ff., der die Beziehung auf die Prozessobligation mehr als seine Vorgänger betont, und ihr Erlöschen durch das Postulat begründen will: im *judicium legitimum* sei die Prozessobligation an die bürgerliche Persönlichkeit geknüpft.

13) Bethmann-Hollweg, Civilprozess II, 489.

geben sei, so spricht für den ersten, dass seine Richtigkeit ausser allem Zweifel steht; für den zweiten, dass er besser erklärt, warum bei dem Uebergange des Legisaktionen- in den Formularprozess und der hiedurch ermöglichten Klagerhebung durch Stellvertreter der Satz doch für das *legitimum judicium* bestehen bleibt. (vgl. den § 22.)

Wie dem übrigens auch sei: jedenfalls wird die Ableitung des Satzes aus der Unmöglichkeit der Erwerbung einer Prozessobligation in Folge Klagerhebung des Hauskinde unterstützt durch die Unmöglichkeit einer wirksamen in *jure cessio* des Hauskinde (vgl. hierüber § 8.), und dann durch Gajus IV. 80, welche Stelle, so corrumpt ist sie auch überliefert ist, immerhin soviel darthut, dass die Prozessfähigkeit der gewaltunterworfenen Personen in dem *judicium imperio continens* weniger Bedenken unterliegt, als in dem *judicium legitimum*.

Letzteres, und im Zusammenhange hiemit die Fortdauer derjenigen Prozessobligationen des *capite minutus*, die aus einem solchen *judicium imperio continens* hervorgehen, erklärt sich ausreichend aus der späteren Entstehung dieser *judicia*, beziehungsweise aus der freieren, weniger an den ältesten Prozess sich anschliessenden Normirung, die bei solchen eingetreten ist — zusammengekommen damit, dass im Formularverfahren Stellvertretung zugelassen (Gajus IV. 82. f.) und die Prozessfähigkeit der Hauskinder anerkannt ist (L. 8. pr. in fine *procur. 3. 3.* — *Ulp. lib. 8. ad. Edict.*).

Dass diese anderweiten Prozessobligationen — und hiemit im späteren Rechte überhaupt alle derartige Ansprüche — auf den Gewalthaber übergehen, ausgenommen es würde sich um *actiones* handeln, die auch *durante potestate* dem Hauskinde erworben werden können (vgl. den § 27), und dass letztere dem *arrogatus* verbleiben, ist oben unter Z. 1. und 2. angemerkt worden, übrigens keine Durchbrechung, sondern eine Bekräftigung des aufgestellten Satzes.

4) Soweit das Erwerbsgeschäft *durante potestate* nicht möglich wäre, weil der *Filius familias* durch solches von dem Hausvater erwerben müsste (vgl. hierüber den vorigen § Ziff. 1—3), fallen seine Wirkungen mit der *Arrogation* zusammen ¹⁴⁾.

14) Schwanert, *Naturalobl.* S. 416.

Diess ist in

L. 11. jud. 5. 1. (Ulpian. lib. 12. ad Edict.)

in Beziehung auf das *judicium* ausgesprochen, unter ausdrücklicher Hervorhebung des dem Principe entsprechenden Grundes:

quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere

gilt aber selbstverständlich allgemein. Dass die Wirkung nur suspendirt, beziehungsweise bei späterer Beseitigung der *patria potestas* wieder aufleben würde, lässt sich nicht annehmen.

arg. L. 2. § 4. cap. min. 4. 5. (Ulp. lib. 12. ad Edictum).

Ob, wenn das Geschäft eine Forderung erzeugt hat, der *Arrogation* unerachtet, eine *naturalis obligatio* übrig bleibt, beantwortet sich nach den Ausführungen des vorigen § Ziff. 3 und 4.

II. Die Vermögenslosigkeit des Hauskindes.

§ 22. Die Vermögenslosigkeit und deren Folgen im Allgemeinen.

Die Folge der Vermögensunfähigkeit (§ 2.) ist die Vermögenslosigkeit des Hauskindes und zwar eine nothgedrungene von dem Willen sowohl des Hauskindes als des Hausvaters unabhängige Vermögenslosigkeit: das *nihil suum habere posse* ist nothwendig verbunden mit dem *nihil suum habere*.

Diese Vermögenslosigkeit ist eine absolute: das Hauskind hat keinerlei Vermögensrechte — weder dingliche noch persönliche; weder *jura legitima* (civilia), noch *jura naturalia* (juris gentium). (vgl. übrigens auch den § 20. Ziff. 3. und 4.)

Der Beweis hiefür liegt sowohl in den Stellen allgemeineren Inhaltes, die im § 2. angeführt und theilweise abgedruckt sind,

vgl. auch Ulp. XX. 10. . *quoniam nihil suum habet*

als in den Ausführungen und Belegen der späteren Paragraphen. (vgl. namentlich §§ 3, 6, 10—13, 18, 19, 21.) Die unmittelbare Folge dieser Vermögenslosigkeit ist einer Seits die Unmöglichkeit einer Beerbung des Hauskindes, anderer Seits die Unstatthaftigkeit einer letztwilligen Verfügung Seitens desselben — welche Folgesätze in den nächsten §§ (23. und 24.) entwickelt werden sollen.

Andere grundlegende Sätze hängen mit der Vermögenslosigkeit zusammen, ohne aber einfache Consequenzen derselben zu sein.

Dahin gehört vor Allem die Nichtexequirbarkeit der Schulden des Hauskindes, beziehungsweise die ursprüngliche Verpflichtungsunfähigkeit desselben, wenn dieselbe als erwiesen angenommen werden kann. Denn so zweifellos die Vermögenslosigkeit die nothwendige Voraussetzung der Nichtexequirbarkeit und hiemit der Verpflichtungsunfähigkeit ist, so unzweifelhaft ist sie nicht deren einziger Grund: da sie die Personalexecution und hiemit die zwangsweise Durchführung der Obligation direkt nicht unmöglich macht.

Aehnlich verhält es sich mit der Unmöglichkeit von erwerbenden und verpflichtenden Rechtsgeschäften zwischen den durch dieselbe väterliche Gewalt verbundenen Personen. Sie ist bedingt durch die Vermögenslosigkeit der Hauskinder, aber nicht durch sie allein, nicht einmal vorwiegend durch sie, sondern in der Hauptsache durch die Concentration aller Macht und allen Rechtes in der Person des Hausvaters.

Und wenn endlich dem Hauskinde in älterer Zeit die Prozessfähigkeit abgegangen sein sollte, so ist diess schon insoferne nicht ausschliesslich die Folge der Vermögenslosigkeit, als der Mangel der *persona standi in iudicio* auch die Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder voraussetzt.

Uebrigens sind von diesen mit der Vermögenslosigkeit zusammenhängenden Prinzipien die zwei ersten an anderer Stelle zu erörtern, beziehungsweise erörtert — vgl. oben den § 20. und unten die §§ 42. und 45. — und mögen hier nur über den Mangel der Prozessfähigkeit einige Bemerkungen angefügt werden.

Es unterliegt nach classischem Rechte keinem Zweifel, dass das Hauskind prozessfähig ist, und zwar fähig, um im eigenen Namen, als Beklagter oder — ausnahmsweise — als Kläger, einen Prozess zu führen, wie um in Stellvertretung eines Andern, namentlich des Hausvaters, vor Gericht aufzutreten.

L. 8. pr. proc. 3. 3. (Ulp. lib. 8. ad Ed. — mit Bezugnahme auf Julianus); L. 33. pr. e. t.; (Ulp. lib. 9. ad Ed.); L. 57. jud. 5. 1. (Ulp. lib. 41. ad Sab.); L. 39. Obl. et act. 44. 7. (Gajus lib. 3. ad Edict. prov.); L. 33—35. nox. act. 9. 4. (Pomponius lib. 14. ad Sab.; Julian. lib. 4. ad Urs. Feroc.; Ulp. lib. 41. ad Sab.) u. a. m.

Ob aber Solches auch für das vorclassische Recht gegolten hat, ist zum Mindesten zweifelhaft.

Die Unmöglichkeit einer *in jure cessio* Seitens des Hauskindes (vgl. den § 8.), die Unwirksamkeit der *adstipulatio* für die Dauer der *potestas* (vgl. den § 12. III. 2.), das Erlöschen der im *legitimum judicium* entstandenen Prozessobligation durch *Arrogation* (vgl. den § 21. II. 3. e.): alle diese Thatsachen sprechen mit ziemlicher Entschiedenheit gegen die Bejahung — wenn sich auch nicht bestreiten lässt, dass der erste Satz zur Noth aus der Unzulässigkeit der Stellvertretung im Legisaktionenprozesse, und die die *Adstipulation* betreffende Bestimmung daraus erklärt werden kann, dass in Folge der Vermögensunfähigkeit des Hauskindes der durch Prozess erlangte Werth in das Vermögen des Hausvaters kommen müsste. Denn klarer und entschiedener resultiren diese Sätze immerhin aus dem Mangel der *persona standi in judicio*, als aus diesen anderweiten Anknüpfungspunkten.

Auf die Verneinung der Frage drängt weiterhin der Umstand, dass die einzige aus Handlungen der Hauskinder resultirende Verbindlichkeit, deren Verfolgbarkeit sich für das alte Recht nachweisen lässt, die Verpflichtung zur Sühne der Delikte, zu einer Klage gegen den Hausvater (*actio noxalis*) führt (vgl. hierüber unten in B. 3.; übrigens auch die §§ 37 und 45) — obgleich auch hier ein anderer Erklärungsgrund zu finden ist: nämlich die Collision, in welcher die Execution eines gegen den Haussohn allein gefällten Urtheiles mit den Rechten der *patria potestas* gerathen würde. Rechtfertigt freilich der letztere Umstand die Annahme, die in den §§ 37 und 45 zu begründen versucht werden wird: dass nämlich in früherer Zeit von Execution gegen das Hauskind, ja selbst von selbstständigen Schulden des Hauskindes nicht gesprochen werden könne, so tritt er der Verneinung der hier aufgeworfenen Frage nicht entgegen, unterstützt vielmehr solche in der erheblichsten Weise. Denn der Haussohn kann in älterer Zeit keinesfalls als Kläger aus eigenem Rechte auftreten, insoferne er kein eigenes Recht hat; er kann ferner nicht als Stellvertreter auftreten, insoferne der Legisaktionenprozess keine Stellvertretung kennt; wenn er nun auch nicht beklagt werden kann — sei es weil er nicht verpflichtungsfähig ist, sei es weil gegen ihn nicht *exequirt* werden kann, und ein Prozess

ohne Executionsmöglichkeit dem Geiste des alten Rechtes widerspricht. — so liegt die Auffassung des *filius familias* als einer der Prozessfähigkeit entbehrenden Person so nahe, dass es fast auffallend wäre, wenn die ältere Jurisprudenz Prozessfähigkeit desselben statuirt haben würde.

Endlich kömmt der Art und Weise, in welcher die Prozessfähigkeit in den überlieferten Fragmenten der Juristenschriften erwähnt wird, doch auch einiger Massen eine Bedeutung zu — wie Pomponius und Julianus (in L. 33. und 34. nox. act. 9. 4.) die Belangung des *filius familias ex causa delicti* in Zusammenhang mit der mangelnden *defensio* des *pater* bringen und gleichsam als eventuellen *modus procedendi* darstellen;

quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur. (L. 34 cit.)

wie ferner Gajus die Belangbarkeit des Haussohnes als Consequenz aus der Verpflichtungsfähigkeit aufführt;

... *obligatur; et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.* (L. 39. Obl. et Act.)

wie endlich noch Ulpianus für nothwendig erachtet, zu untersuchen, ob wirklich der Haussohn einen *procurator* bestellen und als *procurator* bestellt werden könne (L. 8 pr. u. L. 33 pr. proc.), und es immerhin nicht für selbstverständlich ansieht, dass auch die Kinder in der Gewalt als präsumtive Vertreter auftreten können.

ut *puta liberi, licet sint in potestate* .. (L. 35 pr. procur.)

Wann und aus welchen Gründen dann — die Richtigkeit der Verneinung vorausgesetzt — die Prozessfähigkeit anerkannt worden ist, lässt sich nicht bestimmt entscheiden. Möglich, dass die Nothwendigkeit einer *defensio*, wenn der Hausvater der Noxalklage nicht Stand halten wollte, die erste Veranlassung gab; möglich aber auch, dass die Anerkennung Hand in Hand ging mit der Entwicklung der contraktlichen Verpflichtungsfähigkeit der Haussöhne (vgl. hierüber unten in § 37). Ausbleiben konnte jedenfalls jene Anerkennung nicht lange, nachdem die Verpflichtungsfähigkeit (*ex delicto* oder *ex contractu*) zur Geltung gekommen war: denn ein innerer Grund, den einer Seits rechtsfähigen und anderer Seits verpflichtungsfähigen Haussohn von gerichtlichen Aktionen auszuschliessen, lag allerdings nicht vor.

§ 23. Die Unmöglichkeit einer Beerbung des Hauskindes.

Dass das Hauskind keinen Erben haben kann, steht fest.

L. 11. fidejuss. 46. 1 (Julianus lib. 12. Dig.): nec est ulla hereditas . . vgl. hiezu L. 18 de SC. Maced. 14. 6.

Und dass diese Erblosigkeit die Folge der Vermögenslosigkeit ist, scheint selbstverständlich zu sein.

Indessen sind in dieser letzteren Beziehung doch Zweifel weder unmöglich noch ausgeschlossen geblieben ¹⁾.

Vor Allem macht der Umstand Bedenken, dass der filius familias, auch nachdem er vermögensfähig geworden ist, und wenn er Vermögen (peculium castrense, vielleicht auch bona adventitia) hat, nicht alsbald und unter allen Umständen beerbt wird.

L. 9. und L. 19. § 3. castr. pecul. 49. 17. (Ulp. lib. 4. Disp. und Tryphon. lib. 18. Disp.) u. a. m.

Denn wenn die Vermögenslosigkeit des Hauskindes wirklich der Grund seiner Erblosigkeit ist: warum wird dasselbe nicht gleich mit der Entwicklung eines rechtlichen Sondergutes in solchem beerbt? Indessen liegt die Antwort auf diese Frage unmittelbar in der Entwicklungsgeschichte des rechtlichen Kindesvermögens, und namentlich des peculium castrense. Denn die Entwicklung des peculium castrense beginnt mit der Einräumung der Testirbefugniss an den filius familias miles, strebt von hier aus zunächst nur die Er-

1) Ueber den Grund der Erblosigkeit und speziell des Mangels der Testirbefugniss sind verschiedene Ansichten aufgestellt. Die Vermögenslosigkeit wird namentlich betont von Donellus (Op. Omn. II, p. 29 sq.); vergl. auch Savigny, System II, S. 55, Windscheid, § 535; Glück (XXXIV, S. 97—147) hebt dagegen in ausführlicher Darstellung hervor, dass zu dem Testiren und überhaupt zu dem Beerbtwerden »eigenes Familienrecht« gehöre (vgl. namentlich S. 133 ff.; dann auch Marezoll in der G.Z. VIII, 434 f.); Mühlenbruch, Commentar XXXIX, S. 13. und Puchta, Pand. § 463. Z. 5 betonen den Mangel der selbstständigen Persönlichkeit (»denn es ist eben die Person des Testirers, welche in ihren übertragbaren Rechtsverhältnissen durch den Erben repräsentirt wird«); Brinz endlich (Pand. S. 751 u. 1184) beruft sich auf die Abhängigkeit von fremder Gewalt, und zwar im Gegensatz zu der Vermögenslosigkeit und in Parallelisirung mit anderen Fällen einer die Willensfreiheit beeinträchtigenden Gewalt. Aeltere Schriftsteller (z. B. A. Faber, Jurisp. Pap. p. 166) argumentiren wohl auch aus dem Wortlaute der 12 Tafeln, namentlich aus dem für solche keineswegs constatirten Worte: pater familias, vgl. hierüber Glück a. a. O.

langung der freiesten Dispositionsbefugniß für solchen an, und kommt so auf den Gedanken einer Intestaterbfolge in das betreffende Vermögen naturgemäss aus sich selbst nicht, sondern erst, nachdem die inzwischen erfolgte Ausbildung einer Erbfolge in die bona adventitia sich mitwirkend geltend macht ²⁾). Ueberdiess ist in Wirklichkeit mit der ersten Entstehung des peculium castrense die rechtliche Erblösigkeit beseitigt, und nur die causa delationis auf die ausserordentlich erleichterte letztwillige Verfügung beschränkt.

Ein weiteres Bedenken ergibt sich daraus, dass die Erbfolge eine die Succession in das Vermögen überschliessende Bedeutung hat — hauptsächlich für das Sacralrecht

Gajus II. 55.; L. 6. pr. relig. 11. 7. (Ulpianus lib. 25. ad Edictum)

und für das (öffentliche wie Privat-) Strafrecht,

L. 1. § 4. und 6. injuriis 47. 10.; L. 5. § 2. und 3. de S. C. Silan. 29. 5. (Ulpianus lib. 56. und 50. ad Edict.)

L. 15. e. t. (Marcianus lib. sing. de delat.) u. a. m.

dann aber auch auf dem Gebiete des Privatrechtes ³⁾)

L. 1. pr. fidej. tut. 27. 7.; L. 40. pro socio 17. 2. (Pomponius lib. 17. ad Sab.)

Allein die wichtigste dieser neben der successio in bona hergehenden Wirkungen des heredem esse — die Uebernahme der sacra, einschliesslich der jura sepulcrorum — bleibt hieher ohne Bedeutung, da sacra und sepulcra in Hand und Pflege der patres familias sind ⁴⁾), also durch den Tod eines filius familias nicht berührt werden. Fernerhin ist der Vater schon als solcher und ohne Rücksicht auf die Erbenqualität der Ehrenvertreter (L. 1. § 3. injur.) und Bluträcher des gestorbenen Hauskindes, also auch in dieser Beziehung

2) Näheres im vierten und fünften Buche; vorläufig Vangerow Anm. zu § 409. IV; Brinz, S. 1183 f., und über das castrense peculium jetzt namentlich Fitting das Castr. Pecul. S. 11 fl., 98 fl., 128 f., 150 f., 249 f., 341 f.

3) Neuner, die Heredis instit. ex re certa S. 27 fl., woselbst übrigens die in dritter Linie angeführten Stellen nicht benützt sind, und wohl nicht ganz die richtige Folgerung gezogen worden ist. vgl. auch oben im § 13. Z. 4. lit. c.

4) Bekker-Marquardt, Römische Alterthümer IV, 143. 209. 334 f.; vgl. ausserdem Glück XXXIV, 134 f.; Rossbach, röm. Ehe S. 13. und speciell über die jura sepulcrorum. Köppen, Erbrecht S. 196 f.

kein Grund zur Anerkennung einer Erbfolge gegeben. Und schliesslich sind diese Wirkungen der Erbfolge — abgesehen von den *sacra* — doch zu untergeordneter Natur, um für die Erklärung der Erblosigkeit irgend erhebliche Bedeutung beanspruchen zu können.

Endlich kann der gewaltfreie Mensch Erben haben, auch wenn er keine Aktiven, ja vielleicht selbst wenn er weder Aktiven noch Passiven, also überhaupt kein Vermögen hat ⁵⁾. Allein während bei dem gewaltfreien Menschen der Mangel aller Aktiven, oder gar allen Vermögens die seltene Ausnahme ist und desshalb billig bei der Regelung der Nachlassverhältnisse der *homines sui juris* ganz ausser Acht bleibt, ist er bei dem Hauskinde immer und allezeit vorhanden und hiemit nothwendig von viel eingreifenderer Bedeutung für die rechtliche Normirung. Soll ferner irgend Jemand für die Schulden des Hauskinds noch nach dessen Tode haftbar gemacht werden, so kann diess der ganzen Anlage des römischen Familiengüterrechtes nach nur der Hausvater sein; die Haftbarmachung des Hausvaters aber erstrebt das römische Recht auf andere Weise als dadurch, dass es den Hausvater zu einer Art von *heres necessarius* des Hauskinds macht (vgl. hierüber das 3. Buch).

§ 24. Der Mangel der Testirbefugniss.

Das Hauskind kann keine letztwillige Verfügung errichten, entbehrt also der sogenannten *activen testamenti factio*.

L. 6. pr. qui testamenta fac. 28. 1. (Gajus lib. 17. ad Edict. prov.) vgl. mit pr. J. quib. non est. perm. 2. 12.; L. 16. pr. e. t. (Pomponius lib. sing. Regul.); L. 25. § 1. m. c. don. 39. 6. (Marcianus lib. 9. Instit.); Ulp. XX. 10.; L. 3. § 1. C. qui test. 6. 22. (Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Licinio).

Dieser unbezweifelte (L. 3. C. cit.: *indubitati juris est*) Mangel ist nach Ulp. XX 10:

Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit.

⁵⁾ Köppen in Jherings Jahrb. V, 217; Windscheid, Pand. § 535. Note 2.

die Folge der Vermögenslosigkeit ¹⁾, aber freilich nicht der faktischen, sondern der rechtlichen Vermögenslosigkeit, der Vermögensunfähigkeit und der durch sie bedingten rechtlichen Berührungsunfähigkeit — wie sich theils aus dem vorigen Paragraphen, theils daraus ergibt, dass die Erlaubniss des Hausvaters völlig bedeutungslos ist

L. 6. pr. cit. . . adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit. vgl. auch L. 25. § 1. cit. Weil das Kind rechtlichen Vermögens unfähig ist, kann der Hausvater solches durch keinerlei Willensakt zum Vermögensinhaber machen; kann er diess nicht, so könnte die Erlaubniss zum Testiren nur dann von Bedeutung sein, wenn es möglich wäre, mit Einwilligung des Eigenthümers über fremdes Vermögen zu testiren. Da diess nicht möglich ist — theils um des Zweckes jeder Erbfolge willen (uti quis legassit . . suae rei), theils in Folge der Unzulässigkeit des Testirens durch Stellvertreter — so muss auch die Erlaubniss zum Testiren bedeutungslos sein. Diess ist vollkommen schlüssig: mehr aber, namentlich ein anderer Grund des Mangels des testamenti faciendi jus aus jenem Satze nicht abzunehmen.

Ein solcher anderer Grund wäre auch schwierig zu finden und darf namentlich nicht in dem Mangel der Fähigkeit zur Vornahme des Testamentengeschäftes gesehen werden. Denn abgesehen davon, dass die Hauskinder der *mancipatio*, dieser Grundform auch des testamentum, frühzeitig fähig geworden sind (vgl. § 7): ist die Fähigkeit zu der Vornahme des Testamentsaktes als solchen durch die Anerkennung der Einsetzungsfähigkeit und der Testamentszeugenqualität zweifellos gemacht. Denn diese Fähigkeiten sind der römischen Auffassung zwei andere Richtungen derselben testamenti factio.

L. 16. cit.: *Filius familias et servus alienus . . . testamenti factionem habere dicuntur; licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento . . . acquirere possunt.*

Vgl. auch den Gegensatz in L. 18. e. t.

Auch daran lässt sich nicht wohl denken, dass die Willensunfrei-

1) Ueber andere Ansichten vgl. die in Note 1 zu § 23 citirten Schriftsteller.

heit, welche die Folge der Gewalt ist, der wirkliche Grund des Mangels der Testirbefugniss wäre. Einmal bringen die römischen Juristen diesen Mangel nirgends in Zusammenhang mit dem Mangel freier Willensbestimmung. Weiterhin ist der Grund derjenigen Entscheidungen, die dem ersten Anschein nach eine Analogie darzubieten scheinen, nämlich der mangelnden Testirbefugniss der *captivi* und der *obsides*,

L. 8. pr. L. 11. qui test. 28. 1. u. a. m.

überall nicht in dem Mangel der Willensfreiheit, sondern in den rechtlichen Folgen der Captivität (Sclaverei) und der Peregrinität (Mangel der *testamenti factio*) zu suchen ²⁾; die weiter angezogene Testirunfähigkeit der *redempti ex captivitate* aber durch die

L. 20. § 1. qui test. 28. 1. (Ulp. lib. ad Sabinum)

nicht festgestellt, insoferne diese Stelle nur die Testamentszeugenqualität und die Unzulässigkeit der Verwendung von *testes domestici* ins Auge fasst und zur Anwendung bringt. Endlich liegt in der Unterwerfung unter den Gewalthaber keineswegs nothwendig eine im concreten Falle wirksame Beschränkung der Willensfreiheit.

Die mangelnde Testirbefugniss macht sich nun geltend

1) in Beziehung auf die Errichtung nicht bloß von Testamenten, sondern auch von Codizillen; in Beziehung ferner nicht bloß auf Erbeinsetzungen, sondern auch auf Legate und Fideicommissen ³⁾.

Diese ausgedehnte Geltung des Satzes, welche durch einige Stellen direkt bewiesen wird,

L. 1. § 1. leg. III. (Ulp. lib. 1. Fideicomm.); L. 114. pr.

leg. I. (Marcianus lib. 8. Inst.); L. 9. jur. cod. 29. 7.

(Marcellus lib. 9. Dig.)

unterliegt zunächst formell lediglich keinem Anstande: denn es steht fest, dass das *jus testamenti faciendi* für Legate von Anfang an, für Codizille und Fideicommissen jedenfalls im Laufe der Entwicklung ganz in derselben Weise verlangt wurde, wie für Testamente und Erbeinsetzungen.

2) Donellus, l. c. p. 27 u. 28; Glück, a. a. O. XXXIV, S. 56—63.

3) Fein im Commentar XLIV, S. 80 ff. und Arndts eben daselbst XLVI, S. 348 f.

L. 2. leg. I. (Ulp. lib. 1. fideic.); L. 1. § 1. leg. III. (s. cit.);

L. 6. § 3. jure cod. 29. 7. (Marcianus lib. 7. Inst.);

L. 8. § 2. e. t. (Paulus lib. sing. de jure cod.) u. a. m.

Dagegen kann es sich fragen, ob nicht diese Ausdehnung der Basirung des Mangels auf die Vermögenslosigkeit widerspricht: insoferne auch fremde Sachen und Werthe gültig vermacht werden können. Indessen setzt jedes Vermächtniss, Legat wie Fideicommiss, Beerbung des Vermächtnissgebers, wenn auch nicht gerade Beerbung auf Grund eines Testamentes voraus,

L. 116. pr. leg. I. (Florentinus lib. 1. Instit.)

ist desshalb jeder Rückschluss in der angedeuteten Richtung unmöglich.

So ausgedehnt hienach die Einwirkung der Vermögensunfähigkeit auf die Fähigkeit zur Errichtung letztwilliger Verfügungen ist, so trifft sie doch nicht zu

2) bei mortis causa donationes.

Eine Schenkung von Todeswegen kann nämlich der Haussohn, soferne der Hausvater seine Zustimmung gibt, gültig vornehmen, wie in

L. 7. § 4. don. 39. 5. (Ulpianus lib. 44. ad Sab.).. quamvis enim ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit... vgl. auch eod. § 5.

dem Zusammenhange nach für das peculium, in

L. 25. § 1. m. c. d. 39. 6. (Marcianus lib. 9. Inst.) Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest, allgemein ausgesprochen wird ⁴⁾).

Der Grund hievon ist einer Seits, dass Schenkungen, wie andere Veräußerungsgeschäfte, auch in Beziehung auf fremde Sachen vorgenommen werden können, und, wenn der Schenker vom Eigenthümer zur Veräußerung ermächtigt ist oder wird, vollwirksam sind, und anderer Seits, dass die Schenkung von Todeswegen von

4) Glück XXXIV, S. 148 f.; Friz im civ. Archiv VI, S. 203 f.; Vangerow, a. a. O. Anm. zu § 428 unter II, sowie die hier weiter angeführten Schriftsteller. Sie adoptiren im Allgemeinen die im Texte zurückgewiesene Begründung. vgl. auch die Note Hilliger's (Note 10) zu Donelli Op. Omn. II, S. 31.

der Erbfolge durchaus unabhängig ist, die Consequenz aus dem ersteren Satze also nicht wie bei Vermächtnissen unmöglich gemacht wird. Nicht richtig ist es dagegen, die Zulässigkeit daraus zu erklären, dass eine solche mit Zustimmung des Vaters vorgenommene Schenkung eine Schenkung des Vaters sei: also aus der Zulässigkeit der Stellvertretung bei Schenkungen zu argumentiren.

Denn

L. 9. § 2. don. 39. 5. (Pomponius lib. 33. ad Sab.)

stellt die *jussu aut voluntate patris* gemachte Schenkung nur der Wirkung nach der vom Vater selbst gemachten Schenkung gleich, wie aus dem Zusatze hervorgeht:

perinde est ac... si mea voluntate rem meam tu nomine tuo

Titio dones. — Vgl. auch für diese eingeschränkere Be-

deutung § 3. J. *per quas pers.* 2. 9. —

sowie aus dem Inhalte der allerdings von einem späteren Juristen (Ulpianus) herrührenden

L. 7. (*pr. bis* § 5.) *e. t.*

welche Stelle das *donare*, und speciell das *mortis causa donare* des *filiusfamilias* völlig ebenso ansieht, wie sonstige Veräußerungsakte Seitens eines mit *libera peculii administratio* ausgestatteten *Peculieninhabers*. Abgesehen von jener Stelle aber lässt sich nicht bezweifeln, dass ein begrifflicher Unterschied zwischen einem Veräußerungsvertrage besteht, den Jemand als (eigentlicher oder uneigentlicher) Stellvertreter des Eigenthümers abschliesst; und einem Vertrage, den der Abschliessende in eigenem Namen und für sich abschliesst, aber mit Ermächtigung Dessen, über dessen Sache er disponirt — oder mit anderen Worten: zwischen Stellvertretung in Vertragsabschluss und Eigenthumsübertragung und Stellvertretung allein in der Eigenthumsübertragung ⁵⁾).

3) Diejenigen Geschäfte, welche von dem Hauskinde in Folge der Vermögensunfähigkeit nicht vorgenommen werden können,

5) Jhering in seinem Jahrb. II, 123 fl., der übrigens a. a. O. S. 126 f. die L. 9. § 2. *donat.* als einen der verhältnissmässig selten erwähnten Fälle ansieht, in welcher sich in der Zustimmung zu einem fremden Geschäfte die Absicht ausspreche, dieses Rechtsgeschäft selbst für sich vorzunehmen. Ueber die *manumissio* Seitens des *filius* vgl. oben § 17. Ziff. 4.

können auch nicht vorgenommen werden mit Rücksicht auf die mit der Lösung der Gewalt eintretende Vermögensfähigkeit, und werden ebensowenig nachträglich gültig, wenn mit der Lösung der Gewalt die Vermögensfähigkeit eintritt.

L. 19. qui test. fac. 28. 1. (Modestinus lib. 5. Pandectarum);

L. 1. § 1. leg. III. (Ulp. lib. 1. Fideic.)

Dieser Satz, der in der letzt angeführten Stelle in Beziehung auf die Fideicommissie eine nur scheinbare Ausnahme erleidet — denn das formlose Fideicommiss gilt als soluta potestate wiederholt errichtet: *si duraverit voluntas post manumissionem* ⁶⁾ — erklärt sich zur Genüge daraus, dass die Voraussetzungen der Testamentserrichtung nach der Zeit derselben beurtheilt werden.

L. 201. und 210. R. J. (Javolenus lib. 10. Epistolarum und Licinnius Rufinus lib. 2. Regul.)

Auf einen anderen Grund der Testirunfähigkeit führt auch dieser Satz nicht zurück: sobald nur nicht die faktische, sondern die rechtliche Vermögenslosigkeit und weiterhin der Umstand ins Auge gefasst wird, dass solche auf die Befugnis und Fähigkeit zur Testamentserrichtung einzuwirken geeignet ist, und in Wirklichkeit eingewirkt hat, nicht etwa blos auf die Existenz oder Nichtexistenz eines Dispositionsobjectes. Ebensowenig kann daraus, dass

4) das von einem gewaltfreien Menschen errichtete Testament in Folge der Arrogation desselben zusammenfällt (*irritum fit*) und jure civili auch nach Lösung der Gewalt ungültig bleibt, auf einen anderen Grund der Testirunfähigkeit geschlossen werden.

Wenn der Testator in eine Lage kommt, in der eine Beerbung desselben überhaupt oder auf Grund eines Testamentes rechtlich unmöglich wird, so ist das Testament nothwendig ein rechtlich bedeutungsloser Akt geworden, gleichviel aus welchem Grunde eine Beerbung des Testators unmöglich geworden ist. Dass diese rechtliche Bedeutungslosigkeit bestehen bleibt, auch wenn die Beerbungsunfähigkeit nachträglich wieder wegfällt, ist allerdings mehr die Folge der formellen Auffassung des ungültig gewordenen Testamentes als eines nichtigen Aktes

6) Fein im Commentare XLIV, S. 41 ff.; vgl. auch Vangerow II, S. 401.

L. 3. § 2. his quae pro non scriptis 34. 8. (Marcianus lib. 11. Inst.): Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

und des Satzes, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft nichtig bleibt, auch wenn die Gründe, welche die Nichtigkeit herbeigeführt haben, nachträglich beseitigt werden,

L. 29. 201. 210. R. J. (Paulus lib. 8. ad Sabin.; Javolenus lib. 10. Epist.; Licinnius Rufinus lib. 2. Regul.) denn eines nöthigenden materiellen Grundes: hätte doch sonst nicht das prätorische Recht ein solches Testament unter Umständen als gültig behandeln können.

Gajus II. 147. f., Ulp. XXIII. 6.; § 6. Inst. quib. mod. test. 2. 17.; vgl. dazu L. 12. pr. injusto test. 28. 3. (Ulp. lib. 4. Disp.) L. 11. § 2. b. p. s. t. 37. 11. (Papinian. lib. 13. Quaest.)

Aber auch dieses Ungültigbleiben ist für die hier aufgeworfene Principienfrage bedeutungslos.

Im Uebrigen ist die Frage, unter welchen Umständen das prätorische Recht ungeachtet der nach der Testamenterrichtung eingetretenen später aber wieder weggefallenen Beerbungsunfähigkeit des Testators eine erfolgreiche bonorum possessio gibt, hieher nicht von Interesse ⁷⁾.

Dritter Abschnitt. Die Abschwächung des Prinzipes.

§ 25. Die Abschwächung des Prinzipes im Allgemeinen.

Die Existenz jeden weiteren Familiengliedes neben dem Hausvater und namentlich jeden Familiengliedes, das zu künftiger Selbstständigkeit bestimmt ist, bringt einen Kreis relativ selbstständiger Interessen mit sich, der sich mit dem Heranwachsen desselben nothwendig mehr und mehr erweitert. Ist nun alles Recht und alles Vermögen in der Person des Hausvaters als des einen rechtsfähigen Subjektes vereinigt, so müssen jene Interessen in dem Hausvater

⁷⁾ Mühlenbruch im Commentare XXXIX, S. 56 ff.; Fein daselbst XLIV, S. 62 ff., XLV, S. 302 f.; Leist, Bon. Poss. II, 271; Vangerow, Pand. Anm. zu § 458; Brinz, Pand. S. 791 f. Weitere Literatur bei Mühlenbruch und Vangerow a. a. O.

ihre Vertretung und in dessen Vermögen ihre reale Basis suchen und finden.

Diess ist denn auch von jeher bei den Römern der Fall gewesen: die Kinder werden von dem Hausvater erhalten und erzogen; Verletzungen und Beleidigungen durch Dritte weist der Hausvater zurück, indem er die *actiones ex delicto* anstellt, die ihm aus solchem Vergehen gegen Person und Ehre der Kinder erworben werden; aus dem väterlichen Vermögen erhält die Tochter ihr Heirathgut, der erwachsene Sohn die zu der Führung eines eigenen Hauswesens (*ad onera matrimonii ferenda*) nöthige Beisteuer; stirbt der Vater, so geht sein Vermögen auf die Hauskinder (*sui heredes*) über und bildet nunmehr unmittelbar die Basis für deren selbstständige Existenz.

Insoferne sind die Rechte und namentlich die Vermögensrechte des Hausvaters, ist also vor Allem das *Patrimonium* nicht blos für den Hausvater, seine Zwecke und seine Interessen vorhanden, sondern auch für die Kinder, deren Zwecke und deren Interessen, und sind desshalb die Hauskinder, wie diess Juristen und Nichtjuristen aus älterer und neuerer Zeit hervorheben:

vivo quoque patre quodammodo domini (*patrimonii*). Gajus II. 157. vgl. mit § 2. J. her. qualit. 2. 19.; L. 11. lib.

28. 2. (*Paulus lib. 2. ad Sabinum*); dazu oben den § 3. Indessen so zweifellos die Bestimmung des *Patrimonium*, Familiengut zu sein, für die Regel im Leben hervortritt, so wenig ist doch die ältere Zeit zu rechtlichem Schutze und rechtlicher Anerkennung der selbstständigen Interessen der *liberi in potestate* gelangt. Die einzigen erkennbaren Rückwirkungen jener Bestimmung auf das Recht sind vielmehr die uralte Intestaterbberechtigung der *sui heredes* und die *interdictio bonorum*, welche über den *pater familias* verhängt wird,

qui bona paterna avitaque nequitia sua disperdit liberosque suos ad egestatem perducit. (*Paulus Rec. Sent. III. 4. § 7.*)

und diese Rückwirkungen sind noch dazu so gestaltet, dass sie das Princip der ausschliesslichen Berechtigung des Hausvaters in keiner Weise berühren. Denn das Intestaterbrecht der *sui heredes* tritt zwar von selbst ein, kann nur durch besondere Verfügung beseitigt

werden, und realisirt sich im Falle der Nichtbeseitigung von selbst: aber es beschränkt die Dispositionsbefugniß des Hausvaters nicht im Mindesten, und gestaltet sich namentlich nirgends zu festen durante potestate vorhandenen Anwartschaftsrechten der Hauskinder. Und die Interdictio bonorum beschränkt zwar die Dispositionsbefugniß des Hausvaters, aber nicht unter dem Gesichtspunkte einer entgegenstehenden Berechtigung der Hauskinder, sondern von dem Standpunkte des Staates aus, welcher dem prodigus denjenigen Theil seiner bürgerlichen Fähigkeiten und Befugnisse entzieht, durch deren Missbrauch sich solcher als schlechten Bürger gezeigt hat.

Es ist denn auch eine anderweite Anerkennung und ein anderweiter Schutz nicht denkbar, so lange die Anschauung, dass innerhalb der Familie nur ein Recht und ein berechtigter Wille sein könne, in seiner vollen Schärfe festgehalten wird. Aber im Verlaufe der Entwicklung verliert dieser Gedanke an Schärfe und wird die Möglichkeit eröffnet, den Interessen der Kinder selbstständig Rechnung zu tragen. Indessen ist hiebei keineswegs die entgegengesetzte Anschauung massgebend: nicht einmal die materielle Bestimmung des Patrimonium, Familienvermögen zu sein, zeigt sich als treibendes Ferment von erheblicher Bedeutung. Ueberall führen vielmehr anderweite Anschauungen auf die Bildung der abschwächenden Rechtssätze hin — namentlich die mehr und mehr in den Vordergrund tretende Einwirkung der natürlich-sittlichen Pflichten (officia), welche das Familienband mit sich bringt ¹⁾ —, und wird im Zusammenhange hiemit das Prinzip der Rechts- und Vermögensunfähigkeit des Kindes und der Vereinigung allen Rechtes und

1) Die Pflichtseite der Familienverhältnisse und hiermit des Familienrechtes, bisher im Allgemeinen weit nicht nach Gebühr berücksichtigt, kommt zu ihrem vollen Rechte bei Brinz, Pandekten S. 1153 fl.; vgl. ausserdem S. 1162 fl., S. 1216 fl., S. 1293 fl. (vgl. auch meine Bemerkungen in der Kritischen Vierteljahrsschrift XII, S. 500 fl.). Dass es der römischen Jurisprudenz weniger an Einsicht in dieses Verhältniss fehlt, als bisher der modernen, zeigt eine Reihe von Stellen, die Brinz anführt. Besonders klar tritt der Zusammenhang des officium mit dem natürlichen Familienbunde hervor in der L. 17. § 18. injuriis 47. 10 (Ulpianus lib. 57. ad Edictum).. ut puta nepoti facta injuria est, pater praesens est, avus abest: scribit Julianus patri potius dandam injuriarum actionem quam ipsi nepoti: ad cujus, inquit, officium pertinet etiam vivente avo filium suum in omnibus tueri. vgl. auch L. 6. coll. 37. 6.

Vermögens in der Person des Hausvaters überall mehr umgangen und auf diese Weise abgeschwächt, als durchbrochen.

Namentlich aus diesem Grunde stellen die betreffenden Rechtsätze keine selbstständige Stufe in der Entwicklung des römischen Familiengüterrechtes dar, sondern sind unter dem Gesichtspunkte einer indirekten Abschwächung des Prinzipes der Rechts- und Vermögensunfähigkeit zusammenzufassen.

Fragt es sich nun: welches die relativ selbstständigen Interessen der Hauskinder sind, die eines rechtlichen Schutzes genießen, und auf welche Weise dieser anomale Schutz gewährt wird, so ist zu unterscheiden:

1) Die eine Reihe der Bestimmungen beabsichtigt, die Interessen zu schützen, welche die Kinder *durante potestate* an entsprechender Alimentation und Dotation, an ausreichendem Schutze gegen die Verletzungen dritter Personen, an der Möglichkeit einer relativ selbstständigen Existenz haben. Die Rechtsformen aber, in welchen dieser Schutz gewährt wird, sind einmal die Ermöglichung der Benützung von Klagerechten und Klagen des Hausvaters durch die Hauskinder (vgl. hierüber den § 26.); ferner die Anerkennung eigener Klagerechte der Kinder, welche entweder mit den entsprechenden Klagerechten des Hausvaters concurriren, oder solche ersetzen (vgl. hierüber den § 27.); endlich die Entstehung klageweise durchführbarer Ansprüche der Hauskinder gegen den Hausvater (vgl. hierüber die §§ 28—30.).

2) Ein gewichtigeres Interesse hat das Hauskind daran, dass bei Lösung der Gewalt ihm die Rechte des Gewalthabers in ausreichendem Masse verbleiben, dass namentlich das Vermögen des Vaters in der Hauptsache zu seinem, des nunmehr selbstständigen Kindes Patrimonium wird.

Eine Fürsorge nach dieser Richtung hin ist nun, was die Lösung der Gewalt durch Emancipation betrifft, nur im Zusammenhange mit dem *peculium concessum* eingetreten, kann also erst im nächsten Buche dargestellt werden.

Soweit es sich um den Nachlass handelt, trägt dagegen von Alters her diesem Interesse die Intestat- und Notherbenberechtigung der *sui heredes* Rechnung; und ein weiterer Schutz wird in dem Pflichttheilsrechte gewährt, das ungefähr um die Zeit entsteht,

in welcher die übrigen in diesem Unterabschnitte zu erörternden Rechtssätze sich zu fixiren beginnen, und das auch nach dem zu Grunde liegenden Gedanken der Mehrzahl dieser Sätze nahe genug steht.

Indessen so zweifellos auch diese erbrechtliche Stellung der Hauskinder den Abschluss und die Vollendung des güterrechtlichen Verhältnisses bildet, und so wenig ein vollständiges Bild des letzteren ohne Berücksichtigung des Intestat- und Notherbenrechtes der Kinder gewonnen werden kann: so muss doch die Darstellung der eigentlich erbrechtlichen Institute nach dem Plane des vorliegenden Werkes unterbleiben.

Nur diejenigen Sätze können und müssen hier angeführt werden, welche den Uebergang einzelner Rechte und Werthe auf die Hauskinder ausserhalb der erbrechtlichen Succession vermitteln und insoferne unmittelbar in dem Familiengüterrechte ihren Grund haben. Dieselben gehören durchaus der hier zu erörternden Gedankenreihe an, hängen theilweise mit den unter Ziff. 1. angedeuteten Bestimmungen zusammen (vgl. namentlich § 27.) und sollen in § 31. so weit dargestellt werden, als sie der Hauptsache nach in der Anordnung des unmittelbaren Ueberganges einzelner zu dem Vermögen des Hausvaters gehörender Rechte auf das gewesene Hauskind bestehen; in § 32. dagegen, soweit die Herbeiführung dieses Ueberganges zur Anerkennung gewisser Rechtsverhältnisse zwischen Hausvater und Hauskind führt und durch solche vermittelt wird.

3) Am Meisten macht sich der hier zur Sprache gebrachte Gesichtspunkt geltend in Beziehung auf die Dos, die für die Ehe des Hauskindes — sei es des Haussohnes, sei es der Haustochter — bestellt ist. Obwohl nun die einzelnen Sätze, in welchen solcher hervortritt, durchaus unter die sub. Z. 1. und 2. hervorgehobenen Kategorien sich einreihen würden, erscheint es doch als geboten, sie für sich und in ihrem inneren Zusammenhange zu erörtern. Denn einmal sind einzelne derselben ohne weiter ausholende Begründung nicht darzustellen und dann lässt sich ein richtiges Verständniss aller nur durch zusammenfassende Darstellung verschaffen. Die §§ 33—35 werden desshalb die Dos des Haussohnes und der Haustochter erörtern.

I. Der Schutz der während Dauer der Gewalt hervortretenden Interessen des Kindes.

§ 26. Die Benützung der Klagerechte des Hausvaters durch das Hauskind.

Die Ansprüche und Klagerechte (*actiones*), welche durch Geschäfte des Hauskindes oder durch gegen solche begangene Delikte begründet werden, stehen nicht dem Hauskinde, sondern dem Hausvater zu (vgl. hierüber oben § 12. III. und IV.), können auch nicht etwa desswegen, weil ihre Entstehung mit der Person des Hauskindes zusammenhängt, von dem Hauskinde ohne Weiteres Namens des Hausvaters geltend gemacht werden. Der Vater mag sich derselben bedienen, und hiedurch das Hauskind und dessen etwaige Sonderinteressen schützen. Aber wenn ein dringendes Interesse des Hauskindes an der alsbaldigen Geltendmachung vorliegt, und der Hausvater nicht in der Lage ist, einzutreten, so soll das Hauskind die Klage erheben und *utili judicio* eine Verurtheilung des Dritten herbeiführen können ¹⁾. Diess sagt

L. 18. § 1. *judiciis*. 5. 1. (Ulp. lib. 23. ad Edict.): *Si filiusfamilias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Juliano placet, si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum injuria* ²⁾ passus sit: posse eum *utili judicio* agere,

1) Cujacius, Op. Omn. VIII, 336 fl.; A. Faber, Jurisp. Pap. p. 173 u. 181; Savigny, System II, S. 97 fl.; Bethmann-Hollweg, Civilprozess II, S. 323 fl.; vgl. auch Keller, Civilprozess § 50. Note 575; Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II, § 16. bei und in Note 7—15; Sintenis, Civilrecht III, § 141. unter A.; dann Thon in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 239 fl., namentlich S. 291 f.; Asher in der Giess'ner Zeitschrift N. F. XXII, S. 266 f., namentlich S. 287 f. — welche letztere Schriftsteller die im Texte aufgeworfene Frage nur berühren, und in der Hauptsache bloß desswegen hier anzuführen sind, weil sie die L. 18. § 1. *judiciis* einer eingehenden Besprechung unterziehen. Ueber und gegen Asher vgl. Arndts in Haimers Vierteljahrsschrift XVII, S. 179 f.

2) Die Einschlebung der Worte »vel injuriam«, die Mommsen nach Haloander vorschlägt, ist, obwohl durch die Basiliken unterstützt, der L. 17. § 10. *injuriis* 47. 10. wegen misslich.

ne dum pater expectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. unde ego semper probavi, ut, si res non ex malificio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia justa ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, vel impune fraudem patiaturs et egestate Romae laboret viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat.

— eine Stelle, die zugleich zeigt, dass der Satz sich zuerst für Ansprüche ex malificio entwickelt hat, für kontraktliche Ansprüche aber noch zu Ulpian's Zeiten nicht über allen Zweifel erhaben ist. Letzere Annahme wird auch unterstützt durch

L. 17. reb. cred. 12. 1. (Ulp. lib. 1. Disput.).

Denn nach dieser Stelle gestattet Scaevola dem Haussohne die Rückforderung des von ihm ausgeliehenen viaticum nur extraordinario iudicio d. h. doch wohl extra ordinem — nicht, wie Bethmann-Hollweg³⁾ supponirt, utili iudicio.

Wie dieses selbstständige Eingreifen des Hauskindes ermöglicht worden ist, ist bestritten. Savigny⁴⁾ nimmt an, dass das Hauskind als präsidentiver Stellvertreter des Hausvaters klage, sieht in der Zulassung desselben einen Anwendungsfall der L. 35. pr. proc. 3. 3. und muss die Anpassung der Formel in derselben Personenstellung finden, welche bei sonstigen Stellvertretern vorgenommen wird. Bethmann-Hollweg⁵⁾ dagegen recurirt auf die formula in factum, die im concreten Falle an die Stelle der formula in ius concepta gesetzt worden sei, und die Klage dem Hauskinde zugänglich gemacht habe (L. 13. obl. et act. 44. 7). Mancherlei Gründe würden für die letztere Annahme sprechen — namentlich dass für das präsidentive Mandat das Interesse des Berechtigten massgebend sein muss, die L. 18. § 1. cit. aber umgekehrt das Interesse des Hauskindes in den Vordergrund stellt; dann

3) Bethmann-Hollweg a. a. O. II, S. 323. Note 86.

4) Savigny a. a. O. II, S. 97 f.; auch Thon a. a. O. S. 295.

5) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 323 ff.

der Ausdruck »si nemo sit, qui patris nomine agat« in der abgedruckten L. 18. § 1. judic.; endlich die Identität des Zweckes, der ursprünglich auf die Aufstellung der eigenen Klagerechte geführt hat, mit dem der L. 18. cit. zu Grunde liegenden Zwecke (vergl. hierüber den nächsten §). Indessen weist die Betonung des suo nomine agere, die sich in einigen anderen Stellen, namentlich in

L. 9. Obl. et Act. 44. 7. (Paulus lib. 9. ad Sabinum): Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat (vgl. zu den letzteren Worten L. 19. depositi 16. 3).

findet, und die Beschränkung dieses suo nomine agere auf einige speziell genannte Klagen bezüglich der Auslegung der L. 18. § 1. cit. entschieden auf ein alieno nomine agere hin, d. h. auf die Annahme, dass der Haussohn formell gleich einem Stellvertreter behandelt und unter dieser Form zu der Vertretung und Wahrung der eigenen Interessen aushülfweise zugelassen worden sei. Dafür spricht auch die cautio ratam rem haberi, welche bei der parallel laufenden actio rei uxoriae verlangt wird,

L. 22. § 4. solut. mat. 24. 3. (Ulp. lib. 33. ad Edict.)

und nur bei präsuntiver Stellvertretung als Grundlage gerechtfertigt ist. Aber freilich handelt es sich materiell nicht um Stellvertretung, und ist insoferne die Zusammenstellung mit L. 35. pr. procur. 3. 3. nicht vollständig begründet.

Fragt es sich, welches die näheren Voraussetzungen und Wirkungen solcher Klagebefugniss des Hauskindes sind, so steht

1) bezüglich der Voraussetzungen fest: dass

a) dem Hausvater eine actio, gleichviel ob ex delicto oder ex contractu, und gleichviel auf welche Leistung, erworben sein muss; dass

b) die gleichbaldige Anstellung der Klage durch den Hausvater oder einen bevollmächtigten Stellvertreter desselben faktisch unmöglich sein muss; dass

c) ein dringendes Interesse an der gleichbaldigen Einklagung in der Person des Hauskindes vorliegen muss — wobei der Ausgangspunkt für dieses Interesse (Schutz der Unterhaltsmittel, der Person u. s. f.) gleichgültig ist.

Ob ausserdem noch verlangt werden muss,

d) dass die obligationsbegründenden Facta in der Person des Hauskindes oder in Beziehung auf dessen Person zugetroffen sind, ist zunächst zweifelhaft — anders als bei der zurückgewiesenen Ansicht Bethmann-Hollweg's, bei welcher die Anpassung durch faktische Fassung der Formel mit Nothwendigkeit auf eine in der Person des Hauskindes zutreffende causa obligatoria hinführt. Indessen wird die Voraussetzung auch von dem hier vertretenen Standpunkte aus festzuhalten sein. Einmal sind alle Beispiele, die die Quellen anführen (L. 18. § 1. jud.; L. 17. reb. cred.; L. 12. de in jus vocando 2. 4. vgl. übrigens über diese Stelle auch den nächsten § S. 205), von Ansprüchen zu verstehen, die in der Person des Hauskindes entstanden sind; dann aber spricht für solche Annahme der Umstand, dass das römische Recht auch für den gewaltfreien Interessenten aus der Handlung eines Dritten prinzipiell keinen Anspruch und keine Klagebefugniß entstehen lässt ⁶⁾).

Weitere Voraussetzungen hat diese anomale Klagebefugniß nicht; namentlich trifft sie nicht etwa bloß bei solchen Ansprüchen zu, die zu einer formula in factum concepta führen, oder bei solchen, die zu einer formula in jus concepta führen ⁷⁾; oder aber bei solchen, bei denen dem Haussohn suo nomine kein Klagerecht zusteht u. s. f.

2) Unter den angeführten Voraussetzungen ist der Haussohn, ohne Prozessvollmacht von dem Hausvater zu haben, berechtigt, die diesem zustehende Klage in dessen Namen anzustellen — und zwar wie ein präsuntiver Bevollmächtigter und mit der Wirkung, die eine von einem solchen Bevollmächtigten angestellte Klage und erwirkte Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen hat. Weder die Art und Weise solcher Klagestellung, noch die Bedeutung solchen Urtheiles ist hier auseinanderzusetzen. Dagegen mag noch hervorgehoben werden, dass in dem ganzen Vorgange keinerlei formeller Widerspruch mit den Prinzipien des römischen

kein!

6) Anders Savigny a. a. O. S. 98, der den im Texte berührten Umstand nicht für wesentlich hält und namentlich Asher a. a. O. S. 288 ff., der selbst einen Theil der in der L. 18. § 1. cit. enthaltenen Beispiele von Rechtsgeschäften des Vaters verstehen will, aber hiebei im Widerspruche sowohl mit der Stelle ist (quam credit), als mit Savigny, auf dessen Ansicht er sich beruft. Richtig Thon a. a. O. S. 296 f.

7) So, wie es scheint, Thon a. a. O. S. 297.

Familiengüterrechtes zu finden ist: denn die Fähigkeit zur Prozessführung fehlt dem Hauskinde nicht (vgl. oben im § 22. am Schlusse); die Forderungen aus Litiscontestatio und Urtheil ferner, die in Folge der Stellung der *condemnatio formulae* auf den Namen des Hauskindes anscheinend in dessen Person zur Existenz kommen, werden unter dem Einflusse der allgemeinen Grundsätze (vgl. oben den § 12. III. und IV.) dem Hausvater erworben; und ebenso verhält es sich mit den Werthen, die etwa zu Abwendung der Verurtheilung oder in Erfüllung derselben an das Hauskind geleistet werden. Und auch materiell harmonirt der auf diese Weise den Interessen des Hauskindes gewährte Schutz insoferne mit dessen Stellung, als das Hauskind nicht gegen den Willen des Hausvaters, vielmehr nur in Ergänzung desselben und unter der Voraussetzung von dessen Zustimmung in Thätigkeit treten kann.

§ 27. Die eigenen Klagerechte des Hauskindes.

Das Hauskind kann einmal alle Klagen, die dem Hausvater zustehen, unter gewissen Voraussetzungen in dessen Namen erheben und durchführen (vgl. den vorigen §). Einzelne Klagerechte aber hat es auch *suo nomine* — gleichsam auf Grund eigenen Rechtes: doch ist und bleibt diess immer eine Ausnahme¹⁾.

L. 9. Obl. et Act. 44. 7. (Paulus lib. 9. ad Sabin.): *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi...*

L. 30. pr. pactis 2. 14. (Gajus lib. 1. ad Ed. prov.) *... quia aliquando filius familias habet actionem, veluti injuriarum.*
Die Klagerechte, welche speziell angeführt werden, sind die *actio injuriarum*,

L. 9. und L. 30. pr. cit.; vgl. ausserdem L. 1. § 9; L. 5. § 6 und 7; L. 11. § 8., L. 17. §§ 10 bis 22. *injuriis* 47. 10. (Ulpianus lib. 56 und 57. ad Edictum); L. 30. §. 1. e. t. (Ulp. lib. 42. ad Sabinum); L. 41. e. t. (Neratius lib. 5. Membran.); L. 8. pr. proc. 3. 3. (Ulp. lib. 8. ad Edict.); § 2. J. *injuriis* 4. 4.

1) Die in Note 1 zu dem vorigen Paragraphen angeführten Schriften beziehen sich durchaus auch hieher. — vgl. ausserdem Puchta, *Institutionen* II, § 219; Schwannert, *die Naturalobligationen* S. 314 ff.; Wetzell, *Civilprozess* § 11 bei Note 18, § 12 bei Note 24 ff.

das *interdictum quod vi aut clam*,

L. 9. cit.; vgl. ausserdem L. 13. § 1. *quod vi aut clam* 43. 24.

(Ulpianus lib. 71. ad Edict. — unter Berufung auf Labeo); auch L. 19. e. t. (Ulp. lib. 57. ad Edict.).

die *actio depositi*,

L. 9. cit. (unter Berufung auf Julianus), L. 19. *depositi*

16. 3. (Ulp. lib. 17 ad Edictum, unter Berufung auf Julianus und Marcellus).

die *actio commodati*.

L. 9. cit.;

Zu diesen Klagerechten, die in der L. 9. cit. allein und anscheinend in abschliessender Weise erwähnt werden, kommt weiterhin noch die *querela inofficiosi testamenti*,

L. 8. pr. und L. 22. § 1 und 3. *inoff. test.* 5. 2. (Ulp. lib.

14. ad Edict. und Tryphon. lib. 17. *Disput.*)

vielleicht auch die *actio in factum* wegen unbefugter in *jus vocatio*

L. 12. in *jus vocando* 2. 4. (Ulp. lib. 57. ad Edict.)

— denn mit Bestimmtheit geht aus der Stelle nicht hervor, ob der *filius familias* die *actio in factum* suo oder alieno nomine aufstellen kann —; nicht dagegen, jedenfalls nicht nach der in der Compilation massgebenden Ansicht, die *actio rei uxoriae* (vgl. hierüber den § 35. I. 1).

Indessen ist zwischen den Klagen, die in der mehr angeführten L. 9. *Obl. et Act.* genannt werden, und zutreffenden Falles der *actio in factum adversus libertum* auf der einen Seite und der *querela inofficiosi testamenti* anderer Seits ein erheblicher Unterschied: denn die ersteren concurriren ohne Ausnahme mit den entsprechenden Ansprüchen und Klagerechten des Hausvaters, und verfolgen wenigstens zunächst denselben Zweck, der allgemein durch die Einräumung der Benützung der hausväterlichen Klagerechte angestrebt wird (vgl. den vorigen §); bei der *querela inofficiosi testamenti* dagegen entsteht der Anspruch nur in der Person des Hauskindes und kann von dem Hausvater suo nomine gar nicht geltend gemacht werden. Die letztere soll desswegen bei der folgenden Untersuchung zunächst ausgeschieden und unter IV. besonders dargestellt werden. In Beziehung auf die Klagerechte aber, die der erst angeführten Kategorie angehören, entsteht zunächst die Frage:

I. welcher Gedanke liegt der Einräumung concurrirender Klagerechte an das Hauskind zu Grunde?

Die Antwort lässt sich am sichersten geben, wenn

1) die *actio injuriarum* ausschliesslich in's Auge gefasst wird, da in Beziehung auf die Einräumung dieser Klage ausreichendes Quellenmaterial vorliegt.

Nach

L. 17. § 10. injuriis 47. 10.²⁾

beruht nämlich die Befugniss des Hauskindes zur Anstellung dieser Klage auf ausdrücklicher Gestattung des prätorischen Edictes; der Wortlaut der betreffenden Edictsclausel aber lässt kaum einen Zweifel darüber, dass die Bestimmung durch dasselbe Bestreben hervorgerufen worden ist, das die classische Jurisprudenz zur Zulassung der Klageerhebung *nomine patris* bestimmt hat, d. h. durch den Wunsch, in Fällen, in denen ein dringendes Interesse des Hauskindes an gleichbaldiger Klageerhebung vorliegt, dem Kinde wenigstens bei faktischer Verhinderung des Hausvaters den Schutz seiner Interessen zu ermöglichen. Denn so allein erklärt sich, dass der Prätor dem Hauskinde nur dann die Klage verspricht

(si) neque is, cujus in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat.

— also ganz unter denselben Voraussetzungen, unter denen L. 18. § 1. jud. die Erhebung der dem Vater zustehenden Klagen allgemein gestattet —, und dass der Prätor auch noch bei Zutreffen dieser Voraussetzungen sich vorbehält, nur *causa cognita* die Klage zu geben. Diese ist also ein Nothbehelf: nicht die Consequenz aus der eigenthümlichen Natur der Klage oder des ihr zu Grunde liegenden Anspruches³⁾ — eine Auffassung, die auch für die Ulpian'sche Auslegung des Edictes (vgl. namentlich die §§ 11. 12. 15. 17. der L. 17. injur.) unverkennbar massgebend ist. Fragt es sich aber, warum gerade bei der *actio injuriarum* das Edikt zu solch' selbstständigem Eingreifen sich veranlasst sieht, so darf zunächst als ziemlich feststehend angenommen werden, dass um die fragliche Zeit der im vorigen Paragraphen dargestellte Ausweg noch

2) Weitere Belegstellen bei Rudorff, Edict. perpet. § 194.

3) So bei Savigny a. a. O. S. 121 f., der die Richtung der Klage auf *Vindicta* als Grund ansieht.

nicht gefunden war: denn nach den in den Quellen enthaltenen Daten möchte letzterer in seinen Anfängen kaum über Julian und seine Zeitgenossen zurückreichen, während diese selben Juristen die prätorische Bestimmung als eine feststehende, der Fortbildung fähige und bedürftige ansehen und behandeln (L. 17. § 18—20., § 22. injur.; L. 30. pactis). Diess und hiemit den Mangel eines anderweiten Hilfsmittels vorausgesetzt, mag der Prätor durch die Erwägung veranlasst worden sein, dass vor Allem die Ehre des Bürgers auch in denjenigen Fällen einen Schutz anzusprechen habe, in denen der Hausvater dieselbe zu wahren nicht in der Lage ist: auf den Gedanken der Einräumung einer eigenen Klageberechtigung aber hat aller Wahrscheinlichkeit nach der Umstand geführt, dass die Anklage aus der Lex Cornelia de injuriis dem Beleidigten und nur dem Beleidigten zusteht, diesem aber ganz ohne Rücksicht darauf, ob er paterfamilias oder filiusfamilias ist⁴).

L. 5. § 6. injuriis 47. 10 (Ulp. lib. 56. ad Edict.).

Insoferne wäre nach Grundgedanken und Voraussetzungen kein Unterschied zwischen den im vorigen und in diesem Paragraphen dargestellten Anomalien, würde der ganze Unterschied vielmehr auf einen Gegensatz in der formellen Behandlung der betreffenden Klagen und speziell in der Fassung der formula hinauslaufen.

Indessen hat die Jurisprudenz — und zwar schon zu Julians und Gajus Zeiten — die Aufführung einer eigenen Klageberechtigung des Kindes im Edikte aufgegriffen und selbstständige Folgerungen aus ihr gezogen. So eine Abschwächung der Voraussetzungen, unter denen das Hauskind zur Klage zugelassen werden soll: das Hauskind kann auch dann klagen, wenn der Hausvater oder sein Procurator den Schutz durch Klageerhebung zwar gewähren könnte, aber in nicht zu rechtfertigender Weise nicht gewährt.

L. 17. §§ 13—17. h. t. 47. 10.

So die Einräumung einer Wirkung an das pactum de non petendo des Hauskindes.

L. 30. pr. pactis 2. 14.

4) Ueber die Lex Cornelia de injuriis vgl. Geib, Strafrecht I, S. 55; Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I, § 42; Zumpt, das Criminalrecht der röm. Republik II, 2. S. 41 ff.; namentlich aber die eingehende Geschichte der römischen Injuriengesetzgebung bei Huschke, Gajus S. 118—164.

So die Zulassung einer Vertretung des Hauskindes durch eigenen Stellvertreter — während wer *alieno nomine* klagt, einen Stellvertreter nicht bestellen darf.

L. 8. pr. proc. 3. 3.; L. 17. § 19. *injuriis* 47. 10.

So die Fortdauer der *actio* in der Person des gewesenen Hauskindes nach Lösung der Gewalt, also nach *Emancipation* des Kindes oder Tod des Vaters.

L. 17. § 14. und § 22. *tit. cit.*

Insoferne hat sich also allerdings die eigene Klageberechtigung bis zu dem Abschlusse der Entwicklung wesentlich anders gestaltet, als die Befugniß zu dem *agere nomine patris*: ist aus der Ermöglichung prozessualischen Vorgehens auf Grund des dem Vater zustehenden Rechtes die Anerkennung eines eigenen Rechtes des Hauskindes gefolgt. Aber freilich eines Rechtes, das seinen Ursprung keineswegs verleugnet: denn auch jetzt kann sich das Hauskind dieses Rechtes nur bedienen, wenn der Schutz des Hausvaters ausfällt.

2) Bei der *actio in factum* wegen *in jus vocatio*⁵⁾ unterliegt, wenn die Klage überhaupt als Klage aus eigenem Rechte zu denken ist, die unter Z. 1 für die *actio injuriarum* gegebene Erklärung ebenfalls keinem Anstande, denn die

L. 12. de *in jus voc.* 2. 4.

räumt die Klage dem *filiusfamilias* nur ein
absente patre

und um dem Sohne zu Hülfe zu kommen (*subveniendum esse filio*).

Bedenklicher und zweifelhafter ist die Erklärung

3) bei dem *interdictum quod vi*, das schon zu *Labeo's* Zeiten (L. 13. § 1. *quod vi* 43. 24) von dem Haussohne angestellt werden kann, während das *interdictum quod clam* von *Labeo* noch als unanstellbar betrachtet (L. 13. § 2. *tit. cit.*) und erst zur Zeit des *Paulus* (L. 9. *Obl. et Act.*) auch dem *filiusfamilias* eingeräumt wird. Denn es lässt sich kaum mehr mit Sicherheit aus den Quellen entnehmen, als dass das Interdikt dem Hauskinde zustehen kann, und sind überdiess die Quellenstellen, aus denen sich möglicher

5) Weitere Belegstellen in Beziehung auf diese Klage bei *Rudorff*, *Ed. perpet.* § 13; dazu *Savigny a. a. O.* S. 127; der die anomale Behandlung aus der Natur der Klage als einer *actio vindictam spirans* erklärt.

Weise dieser oder jener Anhaltspunkt für weitere Argumentation entnehmen lässt (L. 13. § 1. und L. 19. e. t.), nicht über alle kritische Anfechtung und exegetische Schwierigkeit erhaben.

Indessen ist es — was zunächst die letztere Frage betrifft — sowohl bezüglich der L. 13. § 1., als der L. 19. quod vi gerechtfertigt, bei der Lesart des Codex Florentinus und dem aus solcher sich ergebenden Sinne stehen zu bleiben, beziehungsweise nicht genügend gerechtfertigt, von solchen abzuweichen.

Denn wenn die Griechen in der L. 13. § 1. cit. die Worte
et filium tuum nihilo minus

dahin auslegen: dass auch der Sohn, wenn der Vater prohibere, das Interdikt anstellen könne⁶⁾, so fehlt es für diese von dem nächsten Sinne immerhin abweichende Auslegung an jedem inneren oder äusseren Anhaltspunkte. Und wenn in der L. 19. cit. Momm-
sen nach dem Vorgange von Haloander lesen will:

competere a filiofamilias colono arboribus succisis,

so widerspricht diese Conjectur den Griechen und wird dadurch, dass andere Stellen das Abhauen der Bäume durch den gewaltunterworfenen Colonen besprechen (L. 13. § 7. e. t.) und dass Ulpian in Lib. 57. ad Edict. von den Noxalklagen handelt, zwar unterstützt, aber doch nicht genügend, um gegen die handschriftliche Lesart festgehalten werden zu können⁷⁾.

Ausgehend von dem gewöhnlichen Texte beziehungsweise der nächstliegenden Auslegung der betreffenden Stellen scheint nun mit Sicherheit angenommen werden zu dürfen: einmal dass das Hauskind das interdictum quod vi desswegen anstellen kann, weil in seiner Person dasjenige rechtliche Interesse zuzutreffen vermag, das zur Anstellung des Ediktes erforderlich ist — denn in der Erörterung der Frage, wann dieses Interesse vorhanden sei, führt Ulpian den Ausspruch Labeo's an —; und dann dass dieses Interesse in der zu der Detention hinzukommenden obligatorischen Haftung des Haussohnes zu sehen ist — denn nicht blos bieten für diese Annahme die unmittelbar vorausgehenden Erörterungen über das In-

6) So auch Stölzel, Op. Nov. Nunt. S. 382.

7) Das Material für die oben berührte Feststellung und Auslegung des Textes der beiden Stellen gibt Momm-
sen in seiner Digestenausgabe.

terdikt von Käufer und Verkäufer (L. 11. § 8—14. h. t.) einen Anhaltspunkt dar, sondern es weist auch L. 19 dadurch, dass sie den Haussohn als colonus, also als haftbar für die arbores succisae aufführt, auf diese Art von Interesse hin ⁸⁾).

Allein einmal hat das römische Recht in anderen Fällen, in denen ein solches rechtliches Interesse in der Person des Hauskindes zutrifft und die actio allgemein Demjenigen zugestanden wird, *cujus interest*, das Hauskind nicht als klageberechtigt anerkannt, z. B. nicht bei dem *furtum*, bei dem doch das Interesse mit besonderer Schärfe als Ausgangspunkt und Mass der Klageberechtigung hervortritt (L. 14. § 10. und 16; L. 59. *furtis* 47. 2. u. a. m.). Weiterhin könnte bei diesem Ausgangspunkte eine Concurrenz der Interdikte des Hausvaters und des Haussohnes, wie solche L. 13. § 2 entschieden voraussetzt, nicht oder nicht ohne nähere Unterscheidung angenommen werden. Denn wenigstens bei der actio *furti* sind alle Juristen darüber einig, dass das *furtum* einer fremden Sache, für deren Rückgabe das Hauskind *tenent* ist, ein *furtum* gegen den Hausvater nicht ohne Weiteres enthalte, und liegt eine Differenz nur in der Richtung vor, dass die Einen (Ulpianus in L. 52. § 9 *furtis* und Paulus *Rec. Sent.* II. 31. § 20) Interesse und Klageberechtigung des Hausvaters bei Existenz eines *Peculium* beziehungsweise eines solventen *Peculium* statuiren, die Andern aber (Julianus und Celsus bei Ulpianus in L. 14. § 10. e. t.) auch in solchen Fällen die actio versagen ⁹⁾).

neque enim . . is, cujuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa ejus perierit.

Ferner liesse sich, wenn dem Haussohn das Interdikt nur in den verhältnissmässig seltenen Fällen zukäme, in denen er für das betreffende Grundstück haftbar ist, die allgemeine Ausdrucksweise

8) Savigny, a. a. O. S. 125 sieht das *interdictum quod vi* als actio *vindictam spirans* an und argumentirt von hier aus auf die im Texte berührte Anomalie. Stölzel, *Operis novi nunt.* S. 382 f. dagegen macht neben einander die Missachtung der Person und das Interesse geltend, das der *filius familias* an der Integrität der *Peculiensachen* habe (so auch Baron in der krit. Vierteljahrsschrift VII, 507 und 510).

9) Savigny II, S. 99. Note p., wo indess nur eine der in den Quellen referirten Ansichten hervorgehoben wird.

sowohl der L. 13. § 1 cit. als der L. 9. obl. et act. nicht rechtfertigen. Und endlich argumentirt Labeo in L. 13. § 1 ht. nicht unter dem Gesichtspunkte des Interesses, der wohl zu seiner Zeit die Wichtigkeit, die ihm später zukömmt, noch nicht hatte, sondern von einem Standpunkte aus, der zu allgemeiner Bejahung der aufgeworfenen Frage führen musste: nämlich indem er fragt, ob die *causa obligatoria* (*vis* und *clandestinitas*) der Person des Hauskinde gegenüber zutreffen könne. Unter diesen Umständen ist es richtiger, von den scheinbaren Anhaltspunkten, welche die Umgehung der L. 13. § 1 und der Inhalt der L. 19 *quod vi* darbieten, abzusehen, und die Lösung der Frage, aus welchem Grunde dem Hauskinde das *interdictum quod vi* zustehe, auf andere Weise zu versuchen.

Hiebei lässt sich mit Grund nicht daran denken, von der angeblichen Qualität des *Interdictum quod vi* als einer *actio vindictam spirans* aus zu argumentiren: denn das *Interdictum de vi* ist ungeachtet eines gewissen Zusammentreffens von Grundlage und Zweck mit der Grundlage und dem Zwecke der *actiones vindictam spirantes* (vgl. unt. II. Ziff. 3) keine *actio vindictam spirans*¹⁰⁾. Auch von dem *Peculium* und dessen Beziehung zu dem Hauskinde kann nicht ausgegangen werden: denn das *Peculium* ist faktisches, nicht rechtliches Vermögen des Hauskinde, dessen Interesse an dem *Peculium* faktisches, nicht rechtliches Interesse. Vielmehr möchte, unter Anknüpfung an den für die *actio injuriarum* dargelegten Entwicklungsgang (Ziff. 1), die Anomalie folgender Massen zu Recht zu legen sein:

Mehr als andere Verletzungen verlangt die *vis*, die dem befugten Willen des Einzelnen direkt gegenübertritt, eine rasche, sichere und entschiedene Zurückdrängung, wenn nicht einer Seits die Grundlage der gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung und anderer Seits die dem Einzelnen gebührende gleichheitliche Stellung und Werthung erschüttert werden soll. Weniger als bei andern Verletzungen ist es desshalb möglich, auf die Rückkehr des abwesenden Hausvaters, überhaupt auf die Beseitigung der in dessen Person vorhandenen Hindernisse zu warten, wenn dem Hauskinde

10) K. A. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 139 u. 140; Vangerow, Pand. I, Anm. zu § 145. I. am Schlusse.

gegenüber in der Sphäre, in der dessen Wille als ein befugter erscheint, also namentlich aber nicht ausschliesslich innerhalb der Peculiensphäre, Eigenmacht (*vis*) ausgeübt wird. Dringender vielmehr als irgendwo anders ist hier die Einräumung einer wenigstens eventuellen und subsidiären Klagebefugnis an das Hauskind geboten. Sie versuchte die Jurisprudenz zu schaffen — ob unterstützt nicht blos durch die generelle Fassung des Ediktes (L. 7. § 5 h. t.) sondern auch durch eine entsprechende Ediktsclausel, oder durch einen speciellen Anhaltspunkt in den *Leges de vi* ¹¹⁾, ist mindestens zweifelhaft. Den Anknüpfungspunkt aber mag die Erwägung abgegeben haben, dass das Delikt der Eigenmacht dem Hauskinde gegenüber nicht minder möglich sei, als dem Hausvater gegenüber (L. 13. § 1 cit.), und dass, soweit diese Eigenmacht öffentliche Strafe begründe, der *filius familias* in keiner Weise gehindert sei, das gegen ihn begangene Delikt zu verfolgen (arg. L. 38 ad Leg. Jul. de adult. 48. 5) — also immerhin die Qualität der *causa obligatoria* als eines *delictum* und dessen Richtung nicht so fast gegen das Vermögen, als gegen den Willen und hiemit die Persönlichkeit des Prohibirenden.

Fast noch weniger Anhaltspunkte als für die Erklärung der anomalen Behandlung des *Interdictum quod vi* geben die Quellen in Beziehung auf

4) die *actiones depositi* und *commodati*, die nach der mehr angeführten L. 9. Obl. et Act. ebenfalls suo nomine von dem Haussohn angestellt werden können. Denn ausser dieser Thatsache lässt sich den Quellen nur entnehmen, dass solche der classischen Jurisprudenz selbst zweifelhaft war (L. 9 cit.: ut *Julianus* putat; L. 19. dep.: *Julianus et Marcellus* putant), und dass gerade bei diesen beiden Klagen neben einander eine *formula in jus concepta* und eine *formula in factum concepta* im Edikte proponirt

11) Ueber die Geschichte des *crimen vis* sind zu vergleichen *Wächter*, Neues Archiv des Criminalrechts XIII, Nr. 1. 7. 14; *Geib*, Lehrbuch des Strafrechts I, S. 47 fl.; *Rudorff*, Röm. Rechtsgesch. I, § 34. Dieselbe ist hieher nicht ergiebig, da über den Inhalt der älteren *Leges de vi* wenig feststeht, das *interdictum quod vi* aber bis in die Zeiten von *Qu. Mucius* und *Servius* zurückreicht (L. 1. § 5., L. 4 h. t. 43. 24. u. a. m.); überdiess die *vis* als *crimen publicum* und die *vis* als Voraussetzung des *interd. quod vi* keineswegs zusammenfallen.

waren, was bei andern Klagen für die Regel nicht der Fall war.

Gajus IV. 47. Sed ex quibusdam causis Praetor et in jus
et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi
et commodati . . .

Auch hier liesse sich daran denken und ist daran gedacht worden, die Klageberechtigung auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein rechtliches Interesse an der Zurückforderung der depontirten oder commodirten Sache zwar nicht für den Hausvater, aber für den Haussohn vorliegt ¹²⁾ — obwohl äussere Anhaltspunkte, wie sie bei dem *interdictum quod vi* hervorgehoben werden können (vgl. Ziff. 3), hier nicht vorhanden sind. Allein ein Theil der Gründe, die gelegentlich der Erörterungen unter Ziff. 3 gegen diese Ansicht geltend gemacht worden sind, trifft auch hier in gleicher Stärke zu. Ueberdiess ist aus den Quellen nirgends ersichtlich, dass die römische Jurisprudenz aus Rechtsgeschäften der Hauskinder nur dann einen Anspruch für den Hausvater resultiren liess, wenn ein specielles Interesse des Hausvaters an der Realisirung des Geschäftes erweisbar ist; jede Argumentation aus den Quellenstellen aber, welche *delicta* und *actiones ex delicto*, speciell das *furtum* und die *actio furti* betreffen (vgl. ebenfalls Ziff. 3), ist mehr als misslich. Denn bei diesen Delikten, speziell bei dem *furtum*, gehört die Verletzung des Vermögensinteresses zu dem Thatbestande des Deliktes, ist also ein Requisit der *causa obligatoria*, während die *causa obligatoria* bei *obligationes e contractu* in dem Rechtsgeschäfte abgeschlossen und zu dessen Gültigkeit im Allgemeinen ein Vermögens- oder anderes Interesse nicht erforderlich ist. Weiterhin ist bei den Deliktsobligationen diese Berücksichtigung des Interesses des Gewalthabers nur möglich, indem das Delikt selbst als ein Delikt gegen den Gewalthaber aufgefasst wird —

12) So Savigny, a. a. O. S. 137 f.; vgl. auch Puchta, a. a. O. S. 491; Schwanert, S. 314 u. 315; Wetzel, a. a. O. § 12. bei Note 25. Thon und Asher (in den zu dem vorigen § in Note 1 angeführten Schriften) suchen zwar die Doppelformel anders zu erklären, als bis dahin geschehen ist, und weisen namentlich die Erklärung derselben aus dem Bedürfnisse des Hauskindes zurück (Thon, a. a. O. S. 291 f., Asher 288 f.), tragen aber für die Erfassung der ausnahmsweisen Klageberechtigung des Hauskindes nahezu Nichts bei: insoferne sie übereinstimmend davon ausgehen, dass das Hauskind jede *actio in factum* anstellen könne.

eine Auffassung, die auch sonst z. B. in der Annahme einer *injuria mediata* hervortritt (vgl. z. B. *Neratius* in *L. 41 injuriis*)¹³⁾ — und wäre die Annahme, dass ein ähnliches Zutreffen der einzelnen Momente des Thatbestandes in der Person des Gewalthabers auch bei den Rechtsgeschäften verlangt werde, nicht nur ohne alle innere und äussere Unterstützung, sondern auch in direktem Widerspruch mit den in den §§ 7 flg. §§ 14 flg. erwirten Grundsätzen. Die einzige Möglichkeit, jene These in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen zu bringen, wäre desshalb in dem Satze gelegen: dass eine *condemnatio pecuniaria* ohne Vermögensinteresse des Klägers nicht denkbar sei. Allein auch in dieser Beziehung ist wohl zu bedenken, dass Nichts entgegen steht, das Mass der Condemnation durch das Interesse bestimmen zu lassen, das das Hauskind an der Erfüllung des Vertrages hat, und dass, wenn und solange die Quellen keine Anhaltspunkte für eine gegentheilige Auffassung ergeben, von einer derartigen Behandlungsweise ausgegangen werden darf: wird doch auch sonst, selbst bei den Deliktssklagen, wenigstens von einem Theil der römischen Juristen das Interesse des Sohnes möglichst für den Vater zu verwerthen gesucht (*L. 52. § 9 furtis* und *Paulus Rec. Sent. II. 31. § 20.* vgl. auch *L. 3. § 4. min. 4. 4. Ulp. lib. 11 ad Edict.*)

Noch weniger ist es gerechtfertigt, die Thatsache, dass das Hauskind *proprio nomine depositi* und *commodati* klagen kann, einfach daraus zu erklären, dass für diese *actiones formulae in factum conceptae* proponirt waren¹⁴⁾ — denn die Ansicht, dass jede *actio in factum* dem Hauskinde *proprio nomine* zustehe, ist nicht richtig (vgl. *II. 1*) — oder daraus, dass der Haussohn zwar deponiren und commodiren, aber nicht verkaufen, verpfänden u. s. f. darf¹⁵⁾ — denn diese Annahme ist durchaus unbegründet. Dagegen fehlt es auch hier nicht an Gründen für eine Erklärung, die sich an die Geschichte der *actio injuriarum* des Hauskindes (*Ziff. 1*) anschliesst.

Das *Depositum* verlangt nach der Auffassung der Römer eine augenblickliche, widerstandslose Rückgabe der deponirten

13) *Huschke*, *Gajus* S. 153. und 154.

14) *So Thon und Asher* (vgl. die Note 12).

15) *A. Faber*, *l. c.* p. 174.

Sache, sobald der Deponent die Sache wieder haben will, wie diess nicht blos prinzipiell ausgesprochen, sondern auch durch eine Reihe von Folgesätzen, namentlich durch den Ausschluss der Einreden der Retention, der Compensation und der eigenen Berechtigung praktisch durchgeführt ist ¹⁶⁾.

L. 1. § 22 depositi 16. 3. (Ulp. lib. 30. ad Edict.); Paulus rec. sent. II. 12. § 12 (§ 3); L. 31. § 1. dep. 16. 3 (Tryphoninus lib. 9. Disp.) u. a. m. vgl. mit den justinianischen Verfügungen in L. 11. C. e. t. 4. 34.; L. ult. C. comp. 4. 31.; § 30. J. act. 4. 6.

Und das Commodat ist zwar keineswegs so scharf auf jederzeitige Rückforderung gestellt, wie das Depositum, hat aber doch ebenfalls, wenn die Gebrauchszeit abgelaufen ist, gegenüber dem Willen des Commodanten keinen Bestand: so dass im Allgemeinen jedes Vorhalten der commodirten Sache dem Wesen des Verhältnisses widerspricht ¹⁷⁾.

L. 17. § 3. commod. 13. 6 (Paulus lib. 29 ad Edict.) vgl. auch L. 15 und 16 e. t. (Paulus l. c.; Marcellus lib. 5. Dig.) L. ult. C. e. t. 4. 23. (Imp. Dioclet. et Maxim. J. A. Faustinae.)

Dass der Haussohn die von ihm deponirte oder commodirte Sache auch dann nicht klagend zurückfordern kann, wenn in der Person des Hausvaters ein faktisches Hinderniss der gleichbaldigen Klaganstellung zutrifft, musste deshalb frühzeitig als Inconvenienz empfunden werden. Entweder ist nun von vorneherein, um derselben abzuhefen, die Doppelformel in das Edikt aufgenommen worden, so dass die Jurisprudenz nur des Grundes dieser Eigenthümlichkeit bewusst zu werden brauchte, um ein eigenes Klagerecht der Hauskinder statuiren zu können; oder es ist die aus anderen Gründen in das Edikt gekommene actio depositi und commodati in factum als Anknüpfungspunkt benützt und auf diese Weise das praktisch wünschenswerthe Klagerecht durch die Juris-

16) Näheres bei Glück, Commentar XV, S. 188 f.; Puchta, Vorlesungen § 321; Sintenis, Civilrecht § 112. namentlich in und bei Note 12 f.; Windscheid § 378; Seuffert, Pandekten § 316. u. a. m.

17) Näheres bei Glück, Commentar XIII, S. 464 f.; Sintenis, Civilrecht § 111. namentlich bei und in Note 18—22; Seuffert, Pandektenrecht § 314.

prudenz fundirt worden. Mit der einen wie mit der andern Annahme ist verträglich, dass Ulpian und Paulus für den Satz sich auf Auctoritäten berufen zu müssen glauben (L. 9. Obl. et Act.; L. 19. depos.); die eine wie die andere Annahme ferner findet eine Unterstützung in

L. 13. Obl. et Act. (Ulp., lib. 1. Disput.): In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere;

bei beiden endlich ist erklärlich, dass, als späterhin das im vorigen § dargestellte Auskunftsmittel ergriffen worden ist, die Benutzung desselben bei den betreffenden actiones nicht ausgeschlossen, sondern neben dem ohnediess nicht unzweifelhaften eigenen Klagerechte vorgekommen beziehungsweise vorgeschlagen worden ist.

L. 18. § 1 iudiciis (vgl. den vorigen § auf S. 200 und 201): . . . forte depositum repetens.

Insoferne möchte übrigens die erste Hypothese mehr Grund für sich haben, als ein irgend ausreichender anderer Grund für die Doppelformel bei der actio depositi und commodati nirgends ersichtlich ist ¹⁸⁾.

Wie dem übrigens auch sei: soviel sollte immerhin dargethan sein, dass auch die actiones depositi und commodati aller Wahrscheinlichkeit nach nur aushülfweise und gleichsam eventuell dem Hauskinde zukommen. Ist dem aber so, so ist ein im Wesentlichen gleicher Ausgangspunkt für alle in L. 9 Obl. et Act. 44. 7 genannten eigenen Klagerechte der Hauskinder und hiemit zugleich dargethan, dass auf die Einräumung dieser eigenen Klagerechte in der Hauptsache dasselbe Bedürfniss hingeführt hat, das die Anstellung der dem Hausvater zukommenden Klagen in dessen Namen hervorgerufen hat. Nicht die Ansprüche selbst sind also Ansprüche des Hauskinds: nur die Klagerechte, als Mittel der Realisirung dieser Ansprüche, kommen subsidiär dem Hauskinde zu; das Hauskind hat demgemäss zwar formell, aber nicht materiell eigenes

18) So namentlich Savigny V. 84; aber auch schon Zimmermann, Rechtsgeschichte III, § 54. Note 3; Mühlenbruch, Cession § 15. Note 353; Puchta, a. a. O. § 219. gegen Ende; dann Vangerow Anm. zu § 138; Rudorff, Rechtsgesch. II, § 50. Note 31; Bethmann-Hollweg, Civilprozess II, S. 323 u. 324; Arndts in Haimel's Vierteljahrsschrift XVII, 188; Kuntze, Cursus der Instit. § 235. am Schlusse.

Recht und eigene Befugniss; und das Prinzip, welches das römische Familiengüterrecht beherrscht, ist wenigstens der Sache nach nicht durchbrochen ¹⁹⁾).

II. In der bisherigen Erörterung ist davon ausgegangen worden, dass es einzelne bestimmte Klagerechte seien, die den Hauskindern aus speciellen Gründen zu eigenem Rechte zustehen können. Es fragt sich aber weiter: ob die einzelnen in den Quellen genannten Klagerechte nicht als Beispiele anzusehen, in Wirklichkeit also ganze Kategorien von Klagerechten den Hauskindern zu eigenem Rechte eingeräumt sind?

Die Frage wird in der Regel, namentlich seit den eingehenden Untersuchungen Savigny's, bejaht; indessen im Allgemeinen wohl nicht mit Recht. Diess beweisen zu dem einen Theile die Ausführungen unter I., die überall auf spezielle Gründe für die Ausnahmestellung des einzelnen Klagerechtes zurückweisen. Ausserdem ist zu bemerken:

1) Aeltere Schriftsteller, dann aber auch wieder die jüngsten Werke, welche die Frage berühren, stellen den Satz auf, dass den Hauskindern alle *actiones in factum* zustehen ²⁰⁾).

Dass es an inneren Gründen für diese Aufstellung fehlen muss, ist begreiflich; denn worin sollte ein materieller Zusammenhang zwischen der doch vielfach zufälligen Formelconception und der anomalen Rechtsstellung der Hauskinder seinen Grund und Boden haben? Dieselbe wäre denn auch sicherlich ohne die

L. 13. Obl. et Act. 44. 7. (Ulp. lib. 1. Disput.): *In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.*

19) So dem Resultate nach Cujacius, Op. Omn. VIII, 337; Rudorff, Rechtsgeschichte II. § 16; Bethmann-Hollweg II, S. 323 u. 324. — übrigens ohne genügende Scheidung gegenüber der im vorigen Paragraphen erörterten Behandlungsweise, Hollweg überdiess unter Annahme eines anderen Entwicklungsganges.

20) So die Glosse zu L. 13. Obl. et Act., freilich unter Zweifeln über die Bedeutung, welche der Bezeichnung »in factum actio« in solcher Regel zukomme (Jo.: »diejenigen Klagen, die immer und nur actiones in factum seien«); so ferner Gothofredus zu derselben Stelle — unter Zweifeln über den Grund der Bestimmung —; dann aber auch wieder Thon, a. a. O. S. 291 f., 296 f.; Asher a. a. O.

nie entstanden; diese Stelle aber ist längst überzeugend durch den Hinweis darauf beseitigt worden, dass bei der formula in factum concepta anders als bei der formula in jus concepta die filii familias durch die Prozessform nicht verhindert seien, die Klage anzustellen, — vorausgesetzt, dass sie auch eine materielle Berechtigung dazu haben ²¹⁾).

2) Die Mehrzahl der generellen Aufstellungen schliesst sich an die L. 8. capite min. 4. 5., beziehungsweise die L. 8. bis L. 10. cap. min. 4. 5. an:

L. 8. cit. ²²⁾ (Gajus lib. 4. ad Ed. prov.). Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem,

L. 9. (Paulus lib. 11. ad Ed.) ut quandoque emancipata agat.

L. 10. (Modestinus lib. 8. Differ.) Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit.

Die Stellen betreffen zwar direkt nur den Einfluss der capitis deminutio minima auf das Fortbestehen der vor solchen begründeten Rechte; sie werden aber allgemein als Belege für die hier erörterte Frage angesehen, — davon ausgehend, dass ein Recht, das dem Berechtigten der cap. dem. minima unerachtet verbleibe, auch von Anfang an von einem homo alieni juris für sich erworben werden könne. Indem dann bald die eine bald die andere der in diesen Fragmenten, und namentlich in der L. 8. angeführten Motivirungen herausgegriffen wird, werden als Rechte, welche den Hauskindern zustehen können, bezeichnet von den Einen: alle aus dem jus gentium oder jus naturale herleitbaren Privatrechtsverhältnisse (quia

21) Savigny, System II, 102. Note 5.

22) »Cujus explicandae est facultas paucorum hominum« sagt Ujacijs, Op. Omn. V, 161., vgl. ausserdem III, 648.

civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest); von Anderen: alle auf unmittelbare Lebensversorgung abzielenden Rechte (quae naturalem praestationem habent); oder alle Verhältnisse, welche an sich bloß faktischer Natur sind, und nur nebenbei aus irgend einem Grunde als Rechtsverhältnisse erscheinen (quae naturalem praestationem habent und quia .. in facto potius, quam in jure consistit); endlich alle actiones mit einer formula in aequius melius concepta (quia in bonum et aequum concepta est) ²³).

Hiebei ist vor Allem zu bemerken, dass die ursprüngliche Tragweite der betreffenden Stellen, namentlich der L. 8. cit., nicht mehr zu übersehen und selbst zweifelhaft ist, ob sich solche in dem Ediktcommentare des Gajus auf den Verlust der Rechte und nicht auf den Untergang der Schulden durch capitis deminutio minima bezogen haben; und dass die Berechtigung zu der actio de dote, welche das erste Fragment in seinem jetzigen Zusammenhange mit L. 9. von dem Einflusse der capitis deminutio und namentlich der Emancipation eximirt, also durante potestate anscheinend als Berechtigung der filia familias betrachtet, nach der sonstigen Auffassung der römischen Jurisprudenz eine dem Hausvater zustehende Berechtigung ist (vgl. hierüber § 35. I. 1.). Denn es liegt hierin eine nicht zu verkennende Mahnung, den generellen Aussprüchen der betreffenden Stellen für sich allein keine massgebende Bedeutung beizumessen. Diese Mahnung aber wird dadurch noch gewichtiger, dass die L. 8. Motivirungen häuft, die sich, generell verstanden, weder vollständig decken, noch unbedingt ergänzen, und dass in der L. 10. zwei sehr heterogene Verhältnisse ohne genügende Auseinandersetzung der Einigungspunkte nebeneinandergestellt werden.

Unter Beachtung dieser Umstände ist als einzig sicherer Inhalt der L. 8. und L. 9. cit. anzusehen: dass die actio de dote

23) Die erste der angeführten Ansichten vertritt neuestens Kuntze, Cirsus § 343; aber auch schon die Scholien zu Basil. XLVI, 2. § 7 (ταῖς ἀπὸ δικαίου καὶ τοῦ ἀγαθοῦ συνισταμέναις); der Casus der accursischen Glosse (zu dem Worte eas in L. 8. cap. min.) u. s. f. Die weiteren Aufstellungen finden sich vereinigt bei Savigny, a. a. O., namentlich S. 91, 93 fl., 105, und, wohl auch unter Bevorzugung der einen oder anderen derselben, bei den meisten Neuern (vgl. oben Note 1).

der *uxor filiafamilias* nach der Emancipation zustehe, gleichviel ob sie vor oder nach Lösung der Ehe emancipirt worden ist; müssen deshalb alle allgemeinen Ansprüche der L. 8. durch ihre Beziehung zu dieser Entscheidung ihre nähere Bestimmung erhalten. Von diesem Ausgangspunkte aus liegt folgende Annahme am Nächsten: Gajus geht davon aus, dass die *dos* materiell in gewisser Beziehung der Frau gehört und dass die *actio de dote* mit dazu bestimmt ist, dieses materielle Angehören der *dos* zu realisiren. Er nimmt nun mit vollem Rechte an, dass dieses materielle Angehören, diese tatsächliche Bestimmung der *dos* für die Ehefrau beziehungsweise für die gewesene Ehefrau ganz unabhängig von der Rechtsstellung der letzteren sei — ob sie *filia familias* oder *sui juris* ist — also auch von der Emancipation, welche die Ehefrau erleidet, unberührt bleiben müsse, und will gerade jenes materielle Angehören im Gegensatz zu dem rechtlichen Angehören durch das Wort *naturalis* in »*naturalem praestationem*« wie in »*naturalia jura*« hervorheben. Nun handelt es sich freilich für Gajus schliesslich nicht darum, die Fortdauer des materiellen Angehören der *dos* an die Ehefrau nach deren Emancipation zu constatiren: er will vielmehr darthun, dass die *actio de dote*, also der rechtliche Anspruch auf die *dos*, nach der Emancipation der gewesenen Ehefrau zukomme; zur Motivirung dieses Satzes aber will die Betonung der Fortdauer des materiellen Angehörens nicht ausreichen. Deshalb schiebt Gajus den weiteren gerade auf die *actio de dote* bezüglichen Grund ein:

quia in bonum et aequum concepta est

d. h. er betont, dass bei der *actio de dote* ein eigentlicher Rechtsanspruch erst mit dem Erkenntnisse des Richters entstehe, bis dahin also wohl ein Factum vorliege, aus dem ein Recht hervorgehen könne, aber in Wirklichkeit noch kein Recht vorhanden sei, auf das die Regel über den zerstörenden Einfluss der *capitis deminutio minima* Anwendung beanspruchen könne. Er recurriert also auf denselben Grund, den *Modestinus* in L. 10. *ht.* mit den Worten hervorhebt:

videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit

und den deshalb in dieser L. 10. die Compilatoren an die anscheinend verschiedene Motivirung von Gajus anschliessen. Denn dass

der einzige Gesichtspunkt, der die Zusammenstellung des *legatum habitationis* und des *legatum in singulos annos relictum* rechtfertigen kann, diejenige Auffassung dieser Legate ist, die aus solchen jederzeit, beziehungsweise auf den Anfang der einzelnen Genussperioden das Recht neu entstehen lässt, kann nicht wohl einem Anstande unterliegen — wie denn diese Auffassung für das *legatum in singulos annos relictum* ohnediess feststeht (L. 4. und L. 11. *annuis. leg.* 33. 1.), und für das *legatum habitationis* ausser durch die Zusammenstellung in L. 10. *cit.* auch noch durch die Einflusslosigkeit des *non-usus* (L. 10. *pr. usu* 7. 8.) begründet werden kann.

Die Zulässigkeit dieser Auslegung setzt aber freilich voraus, einmal, dass Das, was über das materielle Angehören der *dote* an die Ehefrau und das formelle Angehören der *actio de dote* an den Hausvater derselben gesagt worden ist, auf andere Beweisgründe hin als feststehend angenommen werden darf; und dann, dass die versuchte Erklärung des Hereinziehens der Formelfassung mit der erweisbaren Bedeutung der *formula in aequius et melius concepta* nicht im Widerspruche steht. Nach der ersteren Richtung hin wird der Beweis in den §§ 34 und 35 geführt werden. In letzterer Beziehung dagegen genügt es darauf hinzuweisen, dass die Einschaltung der Worte »*quod aequius melius*« in die Formel unzweifelhaft dem Richter ein besonders freies Ermessen gewähren will und dass gerade bei der *actio rei uxoriae* dieses Ermessen aller Wahrscheinlichkeit nach Anfangs den Richter ermächtigt hat, alle und jede Restitution zu versagen²⁴⁾. So wenig sich nun absehen lässt, wie aus dieser anomalen Stellung des *judex* eine Klageberechtigung des Hauskindes folgen sollte: so erklärlich ist es, dass in solchen Fällen, in denen dem Ermessen des Richters lediglich keine objective Grundlage gegeben und keine objective Schranke gesetzt ist, die Existenz jeden festen Rechtes vor dem Prozesse verneint, Alles, was sich früher ereignet hat, nur als ein möglicher Weise zu der Begründung eines festen Rechtes führendes Factum behandelt, und eben desswegen die Regel über den Erwerb aller Rechte für den Gewalthaber nicht zur Anwendung gebracht wird.

24) Bechmann, das römische Dotalrecht I, S. 53 f., S. 68 ff.; Czychlarz, das römische Dotalrecht S. 38 ff., vgl. auch die bei letzterem weiter angeführten Schriftsteller und unten den § 35.

All Diess scheint unanfechtbar zu sein: nur ein doppeltes und allerdings nicht ungewichtiges Bedenken ist noch zu beseitigen — das Bedenken nämlich, dass zu Zeiten des Gajus das Ermessen des judex bei der actio rei uxoriae keineswegs mehr völlig unbeschränkt war und dass in anderem Zusammenhange diese actio unbedenklich als ein auf den Gewaltbaber übergehendes Recht behandelt wird (vgl. hierüber den § 35. I. 1.). Indessen handelt es sich für Gajus nicht darum, zu erheben, ob die actio rei uxoriae durch die cap. dem. minima berührt wird, sondern um die Erklärung der feststehenden Exemption. Zu diesem Behufe aber konnte mit Fug und Recht auf einen Grund zurückgegriffen werden, der auf einem früheren und in der Hauptsache überwundenen Entwicklungsstadium gestaltend eingewirkt hatte.

Verhält es sich mit dem Inhalte der angeführten Beweisstellen so, wie ausgeführt worden, so kann es keinem Anstande unterliegen, dass die sämtlichen aus denselben abstrahirten Regeln verworfen werden müssen.

a) Dass die cap. dem. minima die dem jus gentium oder dem jus naturale angehörenden Rechte und Rechtsverhältnisse nicht ergreife ²⁵⁾ ist — jedenfalls wenn daraus gefolgert werden soll, dass das Hauskind diese Rechte und Rechtsverhältnisse nicht dem Hausvater, sondern sich selbst erwerbe — nicht richtig. Denn die Quellen lassen keinen Zweifel darüber, dass Rechte, welche ihre Anerkennung dem jus gentium oder praetorium verdanken, — also demjenigen jus naturale, das allein in Betracht kommen kann — unbedenklich auf den Gewalthaber übergehen (vgl. die Belegstellen in den früheren Paragraphen, namentlich in § 10. am Anfange; dann in § 12. III. Z. 3. und V.; in § 13. Z. 3. lit. b). Ueberdiess aber ist die actio de dote, welche in der L. 8. cit. als Beispiel der durch die Cap. Dem. Minima nicht berührten Forderungsrechte aufgeführt wird, eine civilrechtliche Klage — zum besten Beweise dafür, dass unter den naturalia jura, welche die civilis ratio nicht zerstören kann, nicht die dem jus gentium beziehungsweise dem jus naturale in diesem Sinne angehörenden Verhältnisse zu verstehen sind ²⁶⁾).

25) Kuntze, Cursus § 343, vgl. weiterhin die Note 23.

26) Savigny, a. a. O. S. 105 u. 106; vgl. auch Bechmann, Dotalrecht I, S. 83.

b) Die Heraushebung der auf unmittelbare Lebensversorgung gerichteten Ansprüche ²⁷⁾ verliert allen Boden, wenn die *naturalis praestatio* in der abgedruckten L. 8. so ausgelegt wird, wie geschehen. Denn daraus, dass der materielle Zweck des *Alimentenlegates*, vielleicht auch der *habitatio legata* und der *operae servorum* gewisse Anomalien zur Folge hat, lässt sich nicht folgern, dass die betreffenden Berechtigungen *durante potestate* den gewaltunterworfenen Personen selbst zustehen. Wenigstens nimmt

L. 42. cond. 35. 1. (*Africanus lib. 2. Quaest.*).. *argumentum rei est, quod et si cibaria servis Titii legentur, procul dubio domini est, non servorum legatum.*

keinen Anstand, den Anspruch auf die den Sklaven legierten *Alimente* dem Gewalthaber derselben erworben werden zu lassen, während im Uebrigen, soweit der materielle Zweck zu Anomalien drängt, auch die Sklaven und sie vorzugsweise als Vermächtnissträger vorausgesetzt und geschützt werden (L. 11. und 17. *alim. leg.* 34. 1.; L. 16. *annuis leg.* 33. 1.; L. 3. *pr.* und § 1. *his quae pro non scr.* 34. 8.).

Andere Abweichungen aber, die von Savigny in diesen Zusammenhang gebracht werden, erklären sich besser und richtiger aus anderen Motiven (vgl. über die *habitatio* oben vor lit. a. und über die *dos* unten die §§ 33.—35.): so dass als Ansprüche, die einer Seits den Zweck der Lebensversorgung verfolgen und anderer Seits in der hier in Frage stehenden Richtung anomal sind, nur noch die (gesetzlichen) Ansprüche auf Alimentation und Dotation übrig sind. Aber auch bei ihnen liegt der Schwerpunkt nicht in Inhalt und Zweck (vgl. über solche die §§ 28.—30.).

c) Dass *Facta* und faktische Verhältnisse ²⁸⁾, die in der gewaltunterworfenen Person oder in Beziehung auf solche entstehen, nicht auf den Gewalthaber bezogen werden, steht fest.

L. 44. *pr. cond.* 35. 1. (*Paulus lib. 9. ad Plautium*): *quia quae facti sunt, non transeunt ad dominum.*

Ebenso dass dieser Grundsatz da und dort angewendet wird, um zu bestimmen, ob und inwieweit gewisse Verhältnisse, die von einem anderen Gesichtspunkte aus als Rechtsverhältnisse erscheinen,

²⁷⁾ Savigny, a. a. O. S. 104—120; dazu Vangerow, Anm. 2 zu § 34. Ziff. 3. 6.

²⁸⁾ Savigny, a. a. O. S. 134—145.

auf den Gewalthaber bezogen werden dürfen (vgl. § 9. Z. 3.; § 10.; § 12. III. 1. und 2.; und oben vor lit. a.). Aber als Scheidungsprinzip darf er nicht aufgefasst werden. Denn ob und inwieweit ein faktisches Verhältniss, das nach der einen oder anderen Seite hin zu einem Rechtsverhältnisse geworden ist, als solches oder als faktisches Verhältniss behandelt werden will, lässt sich nur aus den für das einzelne Rechtsverhältniss bestehenden Normen abnehmen. Hiefür liefert einen ausreichenden Beweis Das, was im § 10. I. über den Erwerb des Besitzes gesagt worden ist. Wenn endlich

d) alle *actiones* mit einer *Formula in aequius et melius concepta*²⁹⁾ dem Hauskinde zu eigenem Rechte zustehen sollen, so ist der einzige Anhaltspunkt, den die Quellen für diese These darbieten, durch die vorausgeschickte Auslegung der L. 8. cap. min. beseitigt. Denn diese Auslegung zeigt, dass die Eigenthümlichkeit der Formelconception an und für sich für die hier vorliegende Frage bedeutungslos ist. Dass aber überall, wo die gleiche Formelconception vorkommt, die römische Jurisprudenz auch auf den Mangel eines präsenten Rechtes geschlossen und das Verhältniss zunächst als reines *Factum* aufgefasst habe (vgl. lit. c.), ist weder durch Quellenstellen zu beweisen, noch innerlich wahrscheinlich — Letzteres, weil in den anderen Fällen, in denen etwa eine solche Formelconception angenommen werden kann, keineswegs nothwendig das Ermessen des Richters bis zur Versagung jeder Condemnation gegangen ist, und ohne diese Ausdehnung des Ermessens der Zusammenhang der Formelconception mit der Anstellbarkeit der Klage nicht klar liegt.

Uebrigens möchte bei allen denjenigen Klagen, für welche Savigny eine *formula in bonum et aequum concepta* statuirt, die Klageberechtigung des Hauskindes aus einem anderen Grunde angenommen werden können (vgl. Ziff. 3.).

3) Mit der unter Z. 2. beantworteten Frage fällt die Frage nicht zusammen, ob nicht aus der Einräumung der in den Quellen speziell genannten Klagen (I.) eine allgemeine Regel abgeleitet werden kann?

29) Savigny, a. a. O. S. 92—96; ausserdem z. B. Wetzell, Civilprozess § 12 bei Note 24 ff.

Sie wäre, da es Zweckmässigkeitserwägungen sind, die auf die anomale Behandlung der einzelnen Klagerechte hingeführt haben (I. 1.—4.), unbedingt zu verneinen, wenn nicht doch durch die Mehrzahl der anomalen Sätze ein einheitlicher Grundgedanke durchscheinen würde: der Gedanke nämlich, dass da, wo es sich direkt um den Schutz der Person und um die Zurückweisung einer der Person zugefügten Verletzung handelt, das Hauskind im Nothfalle proprio jure vorgehen kann (vgl. I. Z. 1. 2. und gewisser Massen Z. 3.; auch unten unter IV.). Diess legt die Folgerung nahe, dass eine ähnliche Ermöglichung selbstständigen Vorgehens wenigstens bei allen sogenannten *actiones vindictam spirantes* dem Geiste des römischen Rechtes entspreche d. h. bei denjenigen Klagen, bei denen die Verletzung der individuellen Persönlichkeit nicht blos den Entstehungsgrund des Rechtes abgibt, sondern auch für die Natur des Rechtes bestimmend geworden ist. Und diese Annahme wird dadurch unterstützt, dass für alle *actiones*, die mit Recht der Kategorie der *actiones vindictam spirantes* beigezählt werden, die *actio injuriarum* als Vorbild zu betrachten ist, gerade bei der *actio injuriarum* aber die anomale Rechtsstellung der Hauskinder einen festen und sicheren Anhaltspunkt in der *clausula Edicti* (L. 17. § 10. *injuriis*) erhalten hat (vgl. oben I. 1.) ³⁰⁾.

III. Nach den Ausführungen unter I. darf davon ausgegangen werden, dass die sämtlichen Klagerechte, welche dem Hauskinde proprio nomine zustehen, demselben im Wesentlichen in der gleichen Weise und zwar in der Weise zukommen, in welcher nach den Quellen die *actio injuriarum* dem Hauskinde zusteht. Die nähere Gestaltung dieser Klagerechte ergibt sich deshalb in der Hauptsache aus den unter I. 1. mitgetheilten Quellenentscheidungen ³¹⁾. Doch mag hervorgehoben werden:

30) So auch Savigny, a. a. O. S. 121—131; ohne dass übrigens die von ihm aufgestellte Liste der *act. vindictam spirantes* als durchaus richtig anerkannt werden könnte. vgl. in dieser Beziehung Vangerow, a. a. O. Anm. zu § 145. I. und die daselbst weiter citirte Literatur.

31) Savigny, a. a. O. S. 99 ff. gestattet den bei der *act. injuriarum* entwickelten Quellenentscheidungen (S. 122 ff.) in der Hauptsache keinen Einfluss auf die übrigen anomalen Klagerechte, und gelangt so zu erheblicheren Anomalien gegenüber der regelmässigen Gestaltung (vgl. z. B. S. 101 bei Note q.) und zu einer grösseren prinzipiellen Bedeutung der Anomalien.

1) Der Anspruch, der aus der causa obligatoria hervorgeht, steht dem Hausvater zu; das Hauskind hat nur die Befugniß, denselben im Nothfalle wie einen ihm selbst zustehenden Anspruch geltend zu machen.

2) Ein Nothfall ist vorhanden, wenn

a) auf der einen Seite der Hausvater thatsächlich nicht in der Lage ist, gleichbald zu klagen, (absens, furiosus) und entweder keinen oder einen ebenfalls verhinderten Stellvertreter hat, auf der anderen Seite aber die alsbaldige Klagerhebung durch die Interessen des Kindes, beziehungsweise das Wesen des Obligationsgrundes geboten ist;

b) wenn der Bevollmächtigte des Hausvaters in einer den angeführten Momenten widersprechenden Weise zögerlich beziehungsweise der Verfolgung der Klage hinderlich ist; endlich

c) wenn der Gewalthaber zwar selbst die Verfolgung des Anspruches absichtlich unterläßt oder hemmt, aber unter Verhältnissen, unter denen der Schutz der Interessen des Kindes dem Hausvater nicht mehr allein überlassen werden kann.

L. 17. §§ 11., 12., 13., 15., 22 injuriis 47. 10.; L. 8. pr. proc. 3. 3.

3) Das Hauskind ist befugt, nicht blos in Nothfällen Klage aus eigenem Rechte zu erheben, sondern auch den von dem Hausvater oder dessen Bevollmächtigten begonnenen Prozess fortzusetzen, beziehungsweise das erlangte Erkenntniß exequiren zu lassen, wenn nach Beginn des Prozesses ein Nothstand (Ziff. 2.) eintritt.

L. 17. § 14. e. t.

4) Die Befugniß des Hauskindes steht einer Seits zur Disposition des Hausvaters — insoferne derselbe für die Regel (ausgenommen den Fall unter Z. 2. c.) durch Verbot, Widerspruch, Verzicht u. s. f. die Klagerhebung auch Seitens des Hauskindes verhindern kann;

L. 17. § 12. e. t.

anderer Seits zur Disposition des Hauskindes.

L. 30. pr. pactis 2. 14.

5) Die Leistungen, welche entweder zu Abwendung der Verurtheilung oder in Erfüllung des condemnatorischen Erkenntnisses gemacht werden, fallen durchaus in das Vermögen des Hausvaters.

6) Ueber die Fortdauer der Befugniß nach Lösung der Gewalt vgl. den § 31. I.

IV. Die *querela inofficiosi testamenti*³²⁾ steht nach den im Eingange des Paragraphen mitgetheilten Stellen (L. 8. pr. und L. 22. inoff. test. 5. 2.) ebenfalls dem Hauskinde zu: aber in einer Weise, die sich von der Art und Weise wesentlich unterscheidet, in der die unter I. herausgehobenen Klagen den Hauskindern zustehen können.

Hier ist nämlich keine Rede davon, dass Anspruch und Klagerecht zunächst dem Hausvater und nur in Nothfällen dem Hauskinde zukommen: vielmehr steht Anspruch und Klagerecht dem Hauskinde und nur dem Hauskinde zu, und kann von dem Hausvater nur als Vertreter (*nomine filii*) geltend gemacht werden. Diess wird bewiesen einmal dadurch, dass überall wo der Hausvater die Querel anstellt, von einem *nomine* oder *jure filii* agere die Rede ist.

L. 8. pr. inoff. test. 5. 2. (Ulp. lib. 14. ad Edict.) *finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.*

L. 22. pr. e. t. (Tryphoninus lib. 27. disp.) .. *nec prohiberi patrem dixi jure filii accusare..*

e. L. § 3 .. *cum non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis egi.*

Weiterhin durch die Bestimmung, dass der Hausvater nicht gegen den Willen des Hauskindes und überhaupt nur solange klagen kann, als in der Person des Hauskindes die Voraussetzungen der Querel zutreffen.

L. 8. pr. cit.

Endlich durch die L. 22. pr. und § 3. cit., welche feststellt, dass Ereignisse, die an sich die Querel aufheben, einflusslos sind, wenn sie in der Person des Hausvaters zutreffen.

Hiebei gehen die Quellen entschieden davon aus, dass auch die *querela inofficiosi testamenti*, die *nomine filii* begründet ist, für

32) Savigny, a. a. O. S. 127—131; vgl. im Uebrigen namentlich Brinz, Pand. S. 740 fl., 837 fl.; und 1152 fl., woselbst der Zusammenhang des Pflichttheilsrecht mit dem *officium* scharf betont wird.

die Regel von dem Hausvater angestellt wird; ja es ist aus denselben nicht einmal zu ersehen, dass der Haussohn auch nur ausnahmsweise sich derselben bedienen könnte. Indessen lässt sich doch kaum bezweifeln, dass unter den in III. erörterten Voraussetzungen das Hauskind unmittelbar als Kläger auftreten kann — um so mehr als für diese Annahme der Charakter der Klage als einer *actio vindictam spirans* auch einen formellen Anhaltspunkt bietet.

Letzteres oder vielmehr die Basirung der Querel auf die *injuria*, die in dem *inofficioso Testamente* liegen soll, ist denn auch nach den Quellen der Grund der anomalen Rechtsstellung dieser Klage³³⁾.

L. 8. pr. cit. . . ipsius enim injuria est.

L. 22. pr. cit. . . nam indignatio filii est.

Indessen so wenig zu bezweifeln ist, dass die Jurisprudenz bei der Ausbildung der Theorie der *querela inofficiosi testamenti* nach der in Frage stehenden Richtung hin sich in Wirklichkeit des erwähnten Anknüpfungspunktes bedient hat: so wenig will solcher zur Erklärung völlig ausreichen. Ist doch die *actio injuriarum* in weit weniger hohem Grade *actio des filius familias*, als die *querela inofficiosi testamenti* (vgl. I. 1. und III.). Die *injuria*, die in der pflichtwidrigen Behandlung des Verwandten liegt, ist aber auch ausserdem mehr formelle als materielle Basis der Querel. In Wirklichkeit ist die materielle Basis in dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse des Testators mit den nächsten Angehörigen und in der sittlichen Pflicht (*officium*) zu suchen, welche solches mit sich bringt. Jene Verwandtschaft und diese mit ihr untrennbar verbundene sittliche Verpflichtung macht der Pflichttheilsberechtigte geltend, wenn er die Rescission des Testamentes verlangt, in welchem der Testator seines *officium* nicht eingedenk war. Wie sich nun die verwandtschaftliche Beziehung selbst und das mit ihr verbundene *Officium* von den Individuen, zwischen denen erstere durch die Natur begründet ist, nicht trennen lässt, so wird das Klagerecht, das zu der Geltendmachung jenes Verhältnisses nach einer bestimmten Richtung hin gegeben wird, naturgemäss zu einer *actio des filius familias*.

33) So auch Savigny, a. a. O. S. 128 u. 129; Brinz, S. 842; Windscheid, Pandekten § 584. Note 11.

Dass hierin ein Widerspruch mit dem Prinzipie liegt, welches subjectives Privatrecht in der Person des Hauskindes für unmöglich erklärt, liegt auf der Hand. Aber auch hier ist der Widerspruch mehr formell, als materiell (vgl. oben I. am Ende): denn was geltend gemacht wird, ist in der Hauptsache nur der aus dem Verwandtschaftsverhältnisse resultirende sittliche Anspruch auf Behandlung als Verwandter — ein Anspruch, auf den das Prinzip nie zu reagiren vermochte. Und was durch die Querel schliesslich an Vermögenswerthen erlangt wird, gehört zweifellos nicht dem Hauskinde, sondern dem Hausvater: so dass dieser nach wie vor das gesammte Vermögen in seinem Rechte vereinigt.

Ueber andere Ansprüche, die ähnlich zu behandeln sind, vgl. die §§ 28.—30.

**§ 28. Klagbare Ansprüche zwischen Hausvater und Hauskind.
(Rechtliche Natur der betreffenden Ansprüche.)**

In § 25. (Ziffer 1.) ist bemerkt worden, dass der Schutz der selbstständigen durante potestate hervortretenden Interessen des Kindes zu der Entstehung von Ansprüchen führe, welche den Hauskindern gegen die Hausväter zustehen und während Dauer der Gewalt durch Angehen der Gerichte geltend gemacht werden können. Es sind diess die *Dotations- und Alimentationsansprüche*¹⁾.

Dieselben haben nach verschiedenen Seiten hin die grösste Aehnlichkeit mit dem in § 27. IV. erörterten Ansprüche (*querela inofficiosi testamenti*). Sie beruhen wie dieser unmittelbar auf dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen Kindern und Eltern, und dem Officium, welches als ein integrireder Bestandtheil desselben erscheint. Sie sind weiterhin für das Recht wie die *querela inofficiosi testamenti*, nur dadurch von Bedeutung geworden, dass die sittliche Pflicht zu einer Rechtspflicht und durch Gestattung des Anrufens der Obrigkeit erzwingbar gemacht worden ist. Sie beschränken sich endlich wie die Pflicht, deren Verletzung die *querela inofficiosi testamenti* begründet, keineswegs auf den Kreis der

1) Ueber das Verhältniss der Ansprüche auf Dotation und Alimentation zu dem das Familiengüterrecht beherrschenden Prinzipie vgl. Savigny II, S. 118—120 (Subsumtion unter die Rechte auf unmittelbare Lebensversorgung).

durch dieselbe väterliche Gewalt verbundenen Personen. Diess rechtfertigt denn auch, da, wo der Anspruch zwar einem Hauskinde aber nicht gegen den Hausvater zusteht (bei völliger Mittellosigkeit des Hausvaters), dieselbe rechtliche Behandlungsweise eintreten zu lassen, wie sie für die *querela inofficiosi testamenti* Quellenmässig zu begründen ist (vgl. den vorigen § IV.). Aber sie unterscheiden sich von letzterer dadurch, dass zwar nicht die *querela inofficiosi testamenti*, wohl aber der Alimentations- und Dotationsanspruch von dem Hauskinde gegen den Hausvater geltend gemacht und durch Angehen des Gerichtes durchgeführt werden kann. Insoferne liegt in solchen eine grössere Anomalie gegenüber dem bisher entwickelten Prinzipie, als in der Gestattung und Gestaltung der *querela inofficiosi testamenti*.

Indessen ist doch auch hier die Anomalie mehr scheinbar, als in Wirklichkeit vorhanden.

Einmal sind beide Ansprüche nur *extra ordinem*, also in der halbpolizeilichen Weise durchführbar, in welcher auch den völlig rechtsunfähigen Sklaven ein gewisser Schutz gegenüber dem *dominus* gewährt zu werden vermag. Diess beweist für den Dotalanspruch direkt die

L. 19. ritu nupt. 23. 2. (Marcianus lib. 6. Instit.) .. per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare.

für den Alimentationsanspruch aber kann es mit Sicherheit aus der Inscription von L. 5. agnosc. lib. 25. 3. (Ulpian. lib. 2. de Officio Consulis) und der Ausdrucksweise dieses Ulpianischen Fragmentes (*alere vel exhibere cogi, compelli, alere jubere u. s. f.*) abgenommen werden ²⁾.

Weiterhin handelt es sich bei beiden Ansprüchen nicht um selbstständige Rechte, die nach dem Prinzipie des römischen Familiengüterrechtes auf den Gewalthaber übergehen müssten (vgl. oben in § 12. III), und keinesfalls zwischen *filius* und *pater* in potestate bestehen könnten (vgl. oben in § 20), sondern darum, dass die Anerkennung des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses und die Erfüllung der

2) Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VI, 238. vgl. mit Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte II, § 4. Note 6.

aus solchem resultirenden sittlichen Pflicht dem Hausvater gegenüber erzwungen werden kann. Dass nun das Verwandtschaftsverhältniss mit seinen sittlichen Pflichten nicht durch das Hauskind auf den Hausvater übertragen wird, ist selbstverständlich und dem Prinzipie des römischen Familiengüterrechtes nicht widersprechend (vgl. § 27. IV.). Die Prinzipwidrigkeit liegt also nicht so fast in der Existenz dieser Ansprüche und in der Verknüpfung derselben mit der Person des Hauskindes, als in der Möglichkeit gerichtlichen Einschreitens und rechtlichen Zwanges, die mit der Organisation der alt-römischen Familie zweifellos nicht verträglich ist.

Aber freilich steht der Ausgangspunkt dieses zweiten Argumentes keineswegs fest: wird doch wohl in der Mehrzahl auch der neueren Darstellungen des römischen Rechtssystemes der Anspruch auf Dotation und Alimentation im Obligationenrechte erörtert, also als (ex lege resultirendes) Forderungsrecht aufgefasst³⁾. Auch

3) So schon von Donellus, Op. Omn. III, p. 452 sq.; dann aber auch von Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 612 fl.; Puchta, Pandekten §§ 316 fl.; Koch, Forderungsrecht III, S. 5 fl., 81 fl.; Arndts, Pandekten § 348; Windscheid, Pandekten § 475; Kuntze, Cursus §§ 739 f. (von welchen Schriftstellern Unterholzner, Arndts und Puchta allerdings nur die Alimentationsverbindlichkeit im Schuldrechte erörtern); vgl. ausserdem Vangerow III, S. 635; Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 75 fl. In anderen Systemen werden die betreffenden Pflichten zwar im Familienrechte dargestellt, aber ohne dass erhellen würde, ob aus Zweckmässigkeitsgründen oder weil ein rechtlicher Unterschied gegenüber den Obligationen statuiert werden will: so unter Anderen bei Thibaut, Pand. § 347; Mühlenthal, Doctr. §§ 242 und 262; Sintenis, Civilrecht III, § 132 in und bei Note 38 fl., § 140 B.; Seuffert, Pandekten § 449 und 452. Spezielle Erörterungen über die Frage finden sich nur bei Neuner, a. a. O. (S. 37 fl., 75 fl.); Köppen in Jhering's Zeitschrift V, S. 128 fl. und System des Erbrechtes I, S. 171. Note 7; Brinz, Pandekten S. 1152 fl. und 1294 fl. Ersterer betrachtet die Verbindlichkeiten als Ausfluss der Familiengewalt beziehungsweise als sittliche Pflichten, lässt aber dann im Verlaufe der Entwicklung aus solchen Forderungsrechte beziehungsweise Schulden resultiren, und zwar zwischen Hausvater und Hauskind durch die richterliche Fixirung, zwischen anderen Verwandten durch den Eintritt des Bedürfnissfalles — hiedurch eine Unterscheidung statuierend, die den Quellen sicherlich fremd und innerlich nicht genügend begründet ist (vgl. auch Bürkel in der K. V.-Sch. XI, S. 204 f.). Köppen a. a. O. subsumirt die betreffenden Befugnisse unter die Familienrechte, indem er die Begründung durch Verwandtschaft, die (angebliche) Beschränkung des Inhalts auf eine facultas acquirendi und die eigenthümliche Behandlung im Falle des Todes des Pflichtigen hervorhebt. Brinz

lässt sich nicht in Abrede ziehen, dass dem ersten Anscheine nach Gründe für eine solche Auffassung sprechen. Der Inhalt der rechtlich erzwingbaren Verpflichtung eignet sich wenigstens insoweit zum Inhalte einer *Obligatio*, als er in Leistungen von Vermögenswerth besteht, und sich hiedurch scharf von dem Inhalte der meisten sonstigen, auch der mit Rechtszwang versehenen Familienpflichten unterscheidet; und die Familienstellung, mit der die Ansprüche zusammenhängen, liesse sich unschwer als *causa obligatoria* auffassen, beziehungsweise als eines der Momente, welche den Thatbestand der *causa obligatoria* darstellen.

Indessen wird die Annahme bedenklich, sobald auch nur die Frage etwas näher ins Auge gefasst wird: wann das angebliche Forderungsrecht zur Existenz komme? — mit der Entstehung des Verwandtschaftsverhältnisses? oder der Anspruch auf Dotation in dem Zeitpunkte, in dem die Verheirathung der Tochter in Frage steht? die Alimentationspflicht in dem Augenblicke, in welchem der eine Verwandte sich nicht mehr selbst zu unterhalten, der andere dagegen diese Unterhaltung zu bestreiten vermag? oder beide Ansprüche erst mit der Anerkennung und näheren Festsetzung Seitens des Pflichtigen, beziehungsweise Seitens des Gerichtes? Diese Bedenken werden vermehrt durch die nähere Betrachtung der Voraussetzungen und des Inhaltes der Verpflichtung, namentlich der Alimentationspflicht. Wenigstens lässt sich, selbst unter Zuhülfenahme der Subsidiarität beziehungsweise der Bedingtheit, kaum ein Forderungsrecht construiren, das im einen Augenblicke existirt, im anderen erlöscht, im dritten wieder ins Leben tritt; dessen Voraussetzungen sich in jedem concreten Falle nach der Sachlage desselben modifiziren; das erlöscht, wenn es nicht erfüllt wird, dessen Erfüllung also nicht nachgefordert werden kann; das im einen Augenblick diesen, in dem anderen jenen Umfang hat; dessen gerichtliche Feststellung selbst immer nur unter dem Vorbehalte der Fortdauer der gleichen Sachlage erfolgen kann (vgl.

endlich ordnet die Pflichten unter den Gesamtbegriff des *officium* unter, weist den Gegensatz zwischen *officium* und *obligatio* treffend auf, und bemerkt über die in Frage stehenden Ansprüche, dass sie forderungsartig seien, aber doch keine normale *Obligation* darstellen.

Belege hiefür namentlich im § 30.)⁴⁾. Der eigentlich durchschlagende Gegengrund aber möchte in der Bestimmung der Quellen über die Unvererblichkeit der Pflicht zu sehen sein. Dass nämlich der Anspruch nicht auf die Erben des Alimentationsberechtigten übergeht, ist bei beiden Annahmen gleich erklärlich — aber warum die Erben des Alimentationspflichtigen für die Regel nicht verhaftet sein sollen,

L. 5. § 17. agnosc. lib. 25. 3. (vgl. dazu den § 30. Z. 2. c.) wenn die Alimentationspflicht von Anfang an oder wenigstens nach eingetretenem Bedürfnissfalle eine Schuld des Erblassers wäre, lässt sich nicht absehen: würde es sich ja doch bei einer solchen Schuld keineswegs um einen Zweck handeln, der nur der individuellen Person gegenüber erreicht werden kann, wie bei den *ex delictis* resultirenden Pönalschulden.

Ein anderes Argument von anscheinend gleicher Beweiskraft dagegen, nämlich die Bestimmung, dass die von dem insolventen Vater dotirte Tochter nicht nur nicht gleich einem vor Concursausbruch bezahlten Gläubiger behandelt werden, sondern selbst gleich dem Beschenkten unbedingt der *actio Pauliana* ausgesetzt sein solle,

L. 25. § 1. quae in fraudem. credit. 42. 8. (Venulejus lib. 6. Interdict.)

ist ohne Werth: denn bei einem insolventen Vater fehlt es in Wirklichkeit an der Dotationspflicht und hiemit auch vom Standpunkte der Dotationsobligation aus an dem debitum.

Wird indessen beachtet, wie Sprech- und Behandlungsweise durchaus auf unmittelbare Erzwingung des *Officium*, nirgends aber auf Entstehung einer *Obligatio ex causa officii* hinweisen

4) Die einzelnen Bedenken finden zum Theile Anhaltspunkte in Koch, a. a. O. S. 4 f.; Sintenis, § 140 Note 64; Reinhard, G.Z. N.F. XIII, 141 ff. (bedingt oder subsidiär oder keines von beiden?); Neuner, a. a. O. (Entstehungszeit und Voraussetzungen der Entstehung der *Obligatio*); dann aber in mehreren Entscheidungen bei Seuffert, Archiv V, 296. (Alimentationsansprüche können im Concourse nicht liquidirt werden); X, 262 (Veräusserung zu Alimentationszwecken kann mit der *actio Pauliana* angefochten werden); XII, 273 (Alimente können für vergangene Zeit nicht nachgefordert werden); XIV, 145 (das Erkenntniss versteht sich immer mit Vorbehalt für eintretende Veränderung der Verhältnisse); XVII, 250 (der Anspruch entsteht erst mit der Zuerkennung durch den Richter).

L. 5. agnosc. lib. 25. 3. in den verschiedensten Paragraphen und Redewendungen (ali desideret .. cogatur exhibere... alendos a parentibus u. s. f.) und weitere Belege in § 30;
 L. 19. ritu nupt. 23. 2. (... coguntur in matrimonium collocare et dotare) und weitere Belege in § 29;
 L. 7. C. dot. prom. 5. 11. (woselbst Justinian liberalitas und officium auf der einen Seite und delictum auf der anderen Seite in Beziehung auf Dotation sich entgegensetzt) und wie die oben als Bedenken hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten bei der Annahme der unmittelbaren Erzwingung des Officium Consequenzen, nicht Anomalien sind (vgl. den § 29., namentlich aber den § 30.), so sollte es dieses weiteren Beweisargumentes auch nicht bedürfen, vielmehr die Aufstellung vollständig gerechtfertigt sein: die Verpflichtung zur Alimentation und Dotation ist sowenig als die Verpflichtung der Eltern zur Erziehung, der Kinder zum Gehorsame u. s. f. zu einer aus dem Complexe der sittlichen Pflichten und damit aus dem Familienverhältnisse selbst losgelösten Obligation, der Anspruch auf die Erfüllung so wenig in diesen als in jenen Fällen zu einem Forderungsrechte geworden ⁵⁾.

§ 29. Klagbare Ansprüche zwischen Hausvater und Hauskind. (Dotationsanspruch.)

Ueber den ersten der beiden Ansprüche, deren im vorigen Paragraphen erwähnt ist, den Dotationsanspruch ¹⁾, ist des Näheren Folgendes zu bemerken:

1) Als Officium ist die Dotationspflicht seit alter Zeit aner-

5) Anders der Alimentationsanspruch der unehelichen Kinder gegen den unehelichen Vater — wenigstens nach gemeinem deutschen Rechte, das solchen auf die Erben des Vaters übergehen, im Concurse mit anderen Forderungen concurriren läßt u. s. f. vgl. Näheres bei Vangerow, Anm. zu § 261; aber auch Köppen, System des Erbrechtes I, S. 173. Note 7.

1) Ausführliche Erörterungen finden sich bei Glück, Commentar XXV, S. 55—105; Hasse, eheliches Güterrecht I, S. 348 ff.; Czyhlarz, Dotationsrecht § 49—51; dazu sind weiter zu vergleichen: Zimmermann, Rechtsgesch. I, § 159; Sintenis, Civilrecht III, § 132. bei und in Note 38—47; Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 547 ff.; Koch, Forderungsrecht III, S. 81 ff.; Arndts, Pandekten § 396.; Windscheid, Pand. § 493. Ziff. 3; Brinz, Pandekten S. 1299 ff.

kannt, übrigens als ein *Officium* keineswegs blos des Hausvaters, sondern überhaupt der nächsten Verwandten.

Plautus *Trinummus* II. 63 f. ... ne mi hanc famam differant,

Me germanam meam sororem in concubinatum tibi

Sic sine dote dedisse magis quam in matrimonio....

Is honos est homini pudico, meminisse officium suum.

vgl. ausserdem V. 2, vers. 35; Aulul. II. 2. vers. 13. f.

Wann sie zur Rechtspflicht erhoben worden ist, ist nicht ganz sicher, da die

L. 19. ritu nupt. 23. 2. (Marcianus lib. 16. Dig.)

sowohl das cap. 35. der Lex Julia (de maritandis ordinibus), als eine *constitutio* divorum Severi et Antonini erwähnt, und zwar die letztere in dem Zusammenhange, dass je nach der Interpunction solche für die Verpflichtung zur dotis datio oder für die Art und Weise des Zwanges (per proconsules praesidesque) angezogen sein kann²⁾. Letzteres ist desswegen wahrscheinlicher, weil andere Stellen kaum einen Zweifel darüber lassen, dass die Rechtspflicht schon vor den Severen anerkannt war.

L. 6. coll. 37. 6. (Celsus lib. 10. Dig.): .. quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet.

Aber freilich ist hiemit noch nicht gesagt, dass die Lex Julia direkt die Dotation verfügt haben müsse. Möglich wäre immerhin auch, dass dieses Gesetz nur verfügt hätte: der Hausvater solle die Tochter nicht an einer standesgemässen Heirath verhindern, und dass erst die Jurisprudenz hieraus unter Benützung des längst anerkannten *Officium* dotationis die rechtliche Verpflichtung zu der Dotation abgeleitet haben würde. Diess würde erklären, warum die anderen Stellen aus classischer Zeit nirgends auf die Lex, wohl aber auf das *officium*, die pietas patris recurriren; warum die angeführte L. 6. coll. die Dotationspflicht des Grossvater - Gewalthabers aus dem *officium* gegenüber dem in der Mitte stehenden Vater ableiten zu können und zu müssen glaubt;

quippe *officium* avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet.

2) Die von Mommsen aufgenommene Interpunction (vel qui dotem dare non volunt ex constitutione DD. Severi et Antonini,) ist wohl ebenso wenig richtig, als die von Vangerow, Pand. Text 1 zu § 216. proponirte (volunt, ex constitutione... Antonini).

und warum überwiegender Wahrscheinlichkeit nach schon die classische Jurisprudenz von dem Requisite der patria potestas abgesehen hat, während in ebenso hohem Grade wahrscheinlich ist, dass die Lex Julia nur von denjenigen parentes spricht, qui liberos habent in potestate ⁵⁾).

2) Dass der Hausvater verpflichtet ist, die in seiner Gewalt befindliche Tochter oder Enkelin zu dotiren, steht fest. Dagegen ist bestritten und zweifelhaft, ob diese Verpflichtung

a) auch demjenigen Ascendenten obliegt, welcher die Descendentin nicht in seiner Gewalt hat — ein Fall, der durch Emancipation und datio in adoptionem der Tochter, Abstammung der Enkelin von einem emancipirten oder in fremde Gewalt gebrachten Sohne u. s. f. herbeigeführt sein kann.

Auf der einen Seite erwähnt die mehr angeführte L. 19. ritu nupt. der Dotationspflicht ausdrücklich nur in Beziehung auf die liberos, quos habent in potestate; erklärt sich auch

L. 44. pr. jure dot. 23. 3. (Julianus lib. 16. Dig.) am Einfachsten durch die Annahme, dass die Dotationspflicht mit der emancipatio filiae erloschen sei; und fehlt es nicht an inneren Gründen, welche für die Beschränkung der Dotationspflicht auf den alles Vermögen der Familie in seinem patrimonium vereinigen den pater familias sprechen. Auf der andern Seite legen die Ausdehnung der dictio dotis auf den Vater der emancipirten Tochter, Ulpiani fragm. VI. 2.

die entsprechende Erweiterung des Begriffes der dos profectitia,

L. 5. § 11. und 12. jure dotium 23. 3. (Ulp. lib. 31. ad Sabinum, in § 12. mit Berufung auf Papinianus) endlich der Inhalt des justinianischen Rechtes die Annahme nahe, dass wenigstens in dem späteren classischen und nachclassischen Rechte die Dotationspflicht nicht auf den Gewalthaber beschränkt geblieben ist. Letzteres insoferne die

L. 14. C. jure dotium 5. 12. (Impp. Dioclet. et Maxim. A.A. et C.C. Basilissae)

5) Näheres über die Zeit der Fixirung der Rechtspflicht geben Glück, a. a. O. S. 55 ff. und Czyhlarz, a. a. O. S. 172; vgl. auch Zimmermann, a. a. O. Note 4.

selbst die Mutter aushülfsweise für dotationspflichtig erklärt, und insoferne in

L. 7. C. dot. prom. 5. 11.

Justinian nicht blos bezüglich einer connexen Frage emancipirte und gewaltunterworfenen Kinder sich gleichstellt, sondern auch diese Gleichstellung auf das ältere Recht zurückführt, und in unmittelbarem Zusammenhang mit der Dotationspflicht bringt: denn diess lässt wenigstens darüber keinen Zweifel, dass nach justinianeischem Rechte die Gewalt keine Voraussetzung der Dotationspflicht bilden soll, und dass das Absehen von dieser Voraussetzung nicht auf einer bewussten Reform der justinianischen Gesetzgebung beruht.

Bei dieser Sachlage ist wohl die Anschauung gerechtfertigt, die schon unter Ziff. 1. angedeutet worden ist. Denn wenn die Dotationspflicht des Hausvaters nicht ausdrücklich in der Lex Julia festgesetzt war, sondern von der Jurisprudenz einer Seits durch Anlehn an den Zweck dieses Gesetzes und anderer Seits durch Benützung des längst feststehenden Officium geschaffen wurde, ist es begreiflich, dass solche über das Requisite der patria potestas, auf welches die Lex Julia hinwies, allmählig hinwegkommen konnte: ohne doch der Rechtspflicht eine so weite Ausdehnung zu geben, als das Officium hatte und als die analoge Alimentationspflicht gewonnen hat (vgl. § 30.). Dass aber die Jurisprudenz unter solch doppeltem Gesichtspunkte argumentirt hat, zeigen einer Seits Marcianus, der in L. 19. rit. nupt. an die gesetzliche Bestimmung sich anschliesst (Capite 35. legis Juliae.) und desshalb nur von den Hauskindern spricht und anderer Seits Celsus (L. 6. collat.), Papinianus (L. 5. § 12. jure dot.), und Ulpianus (L. 5. § 11. e. t.), von denen der erstere das officium zu Grunde legt, um zu einer Haftung des Hausvaters (avus) zu gelangen, und die letzteren den dotirenden Vater der filia sui juris effecta unbedenklich als officio paterno dotirend behandeln (non jus potestatis, sed parentis nomen.... magis quasi patrem, quam quasi curatorem...)⁴). Neben dem Vater und den väterlichen Ascendenten ist

4) Im Resultate sind die neueren Schriftsteller der überwiegenden Mehrzahl nach (a. M. z. B. Savigny II, S. 120) einverstanden, vgl. ausser den schon angeführten Schriftstellern Vangerow, Pandekten Anm. 1 zu § 246. Ueber den früheren Stand der Controverse vgl. Glück a. a. O. S. 62 f.

b) die Mutter dotationspflichtig, aber nach dem schon angeführten diocletianischen Rescripte (L. 7. C. dot. prom.), dem einzigen Gesetze, das diese Dotationspflicht generell statuiert ⁵⁾, nur *ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa*.

Auf welche specielle Gesetzesbestimmung Diocletian und Maximian mit den letzteren Worten — wenn solche nicht interpolirt sind — verweisen wollen, lässt sich nicht erheben, während von dem Standpunkte der justinianischen Compilation aus die L. 19. § 1. C. haer. 1. 5. (Imp. Justinianus A. Joanni P.P.) Auskunft gibt.

Auch für die Bestimmung der *magna et probabilis causa* geben die Quellen keinen Anhaltspunkt. Indessen besagen die Worte selbst — in Betracht, dass jede Dotationspflicht subsidiär und die Mutter nach den die Dotationspflicht des Vaters festsetzenden Quellenstellen jedenfalls nur in Ermangelung eines dotationspflichtigen und dotationsfähigen väterlichen Ascendenten in Anspruch genommen werden kann — immerhin so viel mit Sicherheit, dass nicht blos der Mangel eigenen Vermögens der Tochter und eines näher verpflichteten väterlichen Ascendenten, sondern daneben noch anderweite Umstände die Dotation als besonders wünschenswerth und nothwendig, die Verweigerung als besonders lieblos (*inofficios*) erscheinen lassen müssen — wie etwa, wenn mit einer Dos eine durchaus passende und angemessene Verheirathung, ohne Dotation aber überhaupt keine Verheirathung erzielt werden kann (vgl. auch L. 12. § 3. adm. tut. 26. 7.) ⁶⁾).

c) Weitere Verwandte sind nicht dotationspflichtig: weder die mütterlichen Ascendenten — denn die Quellen erwähnen sie nicht, und aus der Dotationspflicht der Mutter lässt sich um so weniger rückschliessen, je mehr diese selbst exceptionell gestellt ist — noch die consanguinischen Brüder, deren Dotationspflicht aus

L. 12. § 3. adm. tut. 26. 7. (Paulus lib. 38 ad Edict.):
sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit.

5) Die Annahme, dass die L. 32. §. 2. cond. indeb. 12. 6. von der dotirenden Mutter spreche (Sintenis, § 132. Note 44), hat weder innere noch äussere Anhaltspunkte.

6) So etwa auch Czychlarz, a. a. O. § 50. Ziff. 1 und namentlich Windscheid, a. a. O. § 493. Note 6.

zu erhellen scheint. Denn da in diesem Fragmente unmittelbar zuvor der Vormund auch zur Bestreitung von Ausgaben ermächtigt und verpflichtet wird, welche nicht das Recht, sondern nur Sitte und Anstand erfordern, so kann aus der Entscheidung bezüglich der soror uterina mit Sicherheit nicht weiter geschlossen werden, als dass die aushülfsweise Dotation zwar der consanguinischen, nicht aber der uterinischen Schwester durch das Officium geboten sei (vgl. auch Plautus l. c.: *me germanam meam sororem* ...). Dass dieses Officium zur Rechtspflicht geworden sei, ergibt sich dagegen aus dem Fragmente in keiner Weise ⁷⁾.

Fragt es sich schliesslich, in welcher Reihenfolge die Dotationspflicht zu erfüllen ist, so kann es auf dem Standpunkte des classischen Rechtes kaum einem Anstande unterliegen, in erster Linie den Hausvater, dann den sonstigen väterlichen Ascendenten und erst in letzter Reihe die Mutter als verpflichtet zu betrachten.

vgl. auch L. 6. collat.; L. 7. § 5. de in rem verso 15. 3.;

L. 8. agnosc. lib. 25. 3.; L. 14. C. jure dot. 5. 12.; L. 7.

C. dot. prom. 5. 11 u. a. m.

3) Soweit es sich um die Dotationspflicht des Hausvaters handelt, kann nach classischem Rechte die Frage nicht entstehen, ob die Dotationspflicht nur bei Unvermöglichkeit der Tochter in Wirksamkeit trete — während sich allerdings auch hier fragen kann, ob der Vater, wenn ein Dritter dotirt, zu der Bestellung einer Dos aus dem Patrimonium verpflichtet bleibt. Und wenn und soweit es sich um die filia sui juris effecta handelt, ist schon nach classischem Rechte auch die erste Frage möglich und von Bedeutung.

Die Frage ist übrigens unbedenklich dahin zu beantworten, dass von einer Rechtspflicht zur Dotation nur die Rede sein kann, wenn die Tochter weder eine Dos von anderer Seite erhalten noch das zur Dotation erforderliche Vermögen zur Verfügung hat ⁸⁾. Letzteres ergibt sich daraus, dass nach direktem (L. 5. § 12 jure dot.) wie indirektem (L. ult. C. dotis prom.) Zeugnisse unter den

7) Verschiedene Ansichten über die Auslegung der L. 12. § 3. cit. sind referirt bei Glück, a. a. O. S. 99 f. und Czychlarz, a. a. O. § 50 Note 3.

8) Die Subsidiarität der Dotationspflicht ist jetzt allgemein anerkannt. Ueber den früheren Stand der Controverse vgl. Glück, a. a. O. Note 9 f.

Juristen der classischen Zeit streitig war, ob der dotirende Parens, der Vermögen der Tochter in Händen hat, aus diesem Vermögen oder *ex propriis* dotire; ein Streit hierüber aber kaum möglich gewesen wäre, wenn der Vater dieses Vermögens unerachtet dotationspflichtig gewesen wäre. Ersteres aber ist die selbstverständliche Folge aus der ratio dieser Subsidiarität der Dotationspflicht, d. h. aus dem Gedanken, dass von einem *ex officio* resultirenden Zwange nur die Rede sein könne, wo ein Bedürfniss vorliegt, dessen Nichtbefriedigung der sittlichen Natur und den sittlichen Anforderungen des Familienverhältnisses widerspricht.

arg. L. 5. § 7 agnosc. lib. 25. 3 (Ulp. lib. 2 de Offic. cons.)

4) Die in Ziff. 2 genannten Personen sind verpflichtet, der Tochter (Enkelin) eine angemessene dos zu bestellen, beziehungsweise den zur Verfügung stehenden Werth (eigenes Vermögen u. s. f.) bis zu dem Betrage einer angemessenen Dos zu erhöhen.

Nach welchen Momenten bestimmt sich nun der Umfang einer der Sachlage angemessenen dos? Bei der Dotation durch den Vater verweisen die Quellen einer Seits auf Stand (*dignitas*), Vermögen und Kinderzahl des dotationspflichtigen Parens, anderer Seits auf den Stand des Ehemannes beziehungsweise der neuen Eheleute

L. 43. leg. III. (Celsus lib. 15. Digest., unter Berufung auf Laebo) . . *ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum.*

L. 60. jure dot. 23. 3 (Celsus lib. 11 Dig.) . . *ex facultatibus et dignitate mulieris maritique.*

L. 69. § 4 e. t. (Papinianus lib. 4. Resp.) . . *pro modo facultatum patris et dignitate mariti.*

— allerdings zunächst nur in Beantwortung der Frage, welche objectiven Grundlagen der *arbitratus boni viri* habe, der in die Ausführung einer väterlichen Dotation ergänzend einzugreifen hat? aber zweifellos in Anwendung allgemeiner, auch hieher anwendbarer Grundsätze (vgl. auch L. 19. § 1 C. haeret. 1. 5). Diese Grundsätze selbst aber lassen sich wohl dadurch fixiren, dass beachtet wird, wie die Dos einer Seits bestimmt ist, den Antheil der Tochter an dem Familienvermögen ganz oder theilweise in sich aufzunehmen — daher die Rücksichtnahme auf Vermögen und Kinderzahl des Parens — und wie sie anderer Seits ihren Hauptzweck darin hat, die Lasten der neuen

Ehe tragen zu helfen — daher die Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der neuen Ehe, wie sie in der Berücksichtigung der *dignitas mariti et uxoris* gefunden werden muss. Zugleich weist übrigens die Argumentation *ex dignitate mariti* und namentlich *ex dignitate patris* darauf hin, dass es sich um standesmässige Ausstattung, also um eine Dotirung handelt, wie sie in den betreffenden Ständen üblich und herkömmlich ist (vgl. auch L. 9 C. adm. tut. 5. 37).

Dieselben Gesichtspunkte auch bei der Mutter entscheiden zu lassen, ist nicht unbedenklich und möchte es, wenn die unter Z. 2. lit. b vertretene Auffassung richtig ist, immerhin gerechtfertigt sein, innerhalb der Grenzen, welche die dort angedeuteten Anhaltspunkte ergeben, dem Bedürfnisse der filia einen massgebenden Einfluss zu gestatten, d. h. die Dos nicht höher zu bemessen, als nothwendig ist, um die betreffende Ehe zu ermöglichen.

5) Der Zusammenhang der rechtlichen Dotationspflicht mit den aus dem Verwandtschaftsverhältnisse resultirenden sittlichen Pflichten, sowie die Bestimmung der L. 5 § 11 *agnosc. lib.* (vgl. den nächsten § Z. 3. d) legt die Frage nahe: ob eine entschiedene Verletzung der sittlichen Pflichten, welche jenes Verhältniss dem Kind auferlegt, den Parens nicht der Verpflichtung zur Dotation überhebe? Indessen ist bei der unlängbaren Verschiedenheit zwischen Dotation und Alimentation und zwischen den für solche geltenden Rechtssätzen die Bejahung, jedenfalls die voraussetzungslose Bejahung, nicht gerechtfertigt.

Nur wenn die Ehe gegen den Willen des Parens geschlossen wird und zwar unter Umständen, unter denen solcher nicht genöthigt werden kann, seine Zustimmung zu geben, rechtfertigt der Zusammenhang der Dotationspflicht mit der Verpflichtung zur Verheirathung der Tochter (L. 19 *ritu nupt.* und oben in Ziff. 1), rechtfertigt ferner die sittliche Grundlage und der Zweck der Verpflichtung die Verweigerung der Dotation.

9) Ueber die Bemessung der Grösse der Dos vgl. Hasse, a. a. O. 352 f.; Sintenis, Civilrecht § 132. bei Note 45; Czyhlarz, a. a. O. § 51. Z. 3 (erörtert auch die Frage, ob die Annahme einer zu kleinen Dos durch den Ehemann dem Rechte der Frau *präjudicire*); ausserdem Seuffert, Archiv VII, 60; XIV, 141; XX, 44; Strippelmann, N. Sammlung von Entscheidungen des O.A.Ger. Kassel IV, 1. S. 4 f.

Und ausserdem lässt es sich vertheidigen, überall wo sich die Tochter einer Enterbungsursache schuldig gemacht hat, dem dotationspflichtigen Parens dieselbe Befugniss zuzugestehen — ausgehend davon, dass die Tochter in der Dos den ihr gebührenden Antheil an dem elterlichen Vermögen ganz oder theilweise erhält, und argumentirend a majori ad minus. Unanfechtbar ist aber dieser letztere Schluss nicht ¹⁰⁾.

6) Da die Dotationspflicht keine Obligatio ist, sondern ein mit Rechtszwang versehenes officium, muss sie dieselbe Dauer haben, wie das Verwandtschaftsband, mit dem das officium gegeben und unzertrennlich verbunden ist. Folgeweise kann die einmalige Leistung einer Dos keinesfalls unter den formellen Gesichtspunkt der Tilgung der Verpflichtung fallen und ist die Antwort auf die Frage, ob der dotationspflichtige Parens zu wiederholter Dotirung angehalten werden könne, von anderen Erwägungen aus zu gewinnen. Und zwar müssen, da die Pflicht Dotationspflicht ist, Wesen und Zweck der Dos die nöthigen Anhaltspunkte abgeben.

a) Wenn die Dos durante matrimonio ¹¹⁾ ganz oder theilweise zu Grunde geht, scheint deren Bestimmung, einen Beitrag zu den fortdauernden Ehekosten abzugeben, scheint ferner die Analogie der Alimentationspflicht (vgl. den nächsten § Z. 3. a.) und scheint endlich die dauernde Basis der Dotationspflicht zu der Annahme zu nöthigen, dass eine Ergänzung oder Erneuerung der Dos stattzufinden habe. Indessen wäre diese Schlussfolgerung unrichtig.

Der Beitrag, welcher Namens der Ehefrau durch die dotis constitutio ad onera matrimonii ferenda geleistet wird, besteht nicht in der Zuweisung der Erträge der dos an den Ehemann, sondern in der Vermehrung des Vermögens der beiden Eheleute durch den Capitalbetrag der dos: denn den Eheleuten gehört die dos ganz

10) Strippelmann (in Note 9. cit.) S. 7 fl. und Seuffert, Pand. § 452. Note 11; auch Gothofredus zu L. 19. ritu nupt.

11) Ueber die Redotation sind zu vergleichen: Zimmermann im civ. Arch. II, S. 201 fl.; Glück, Commentar XX, S. 198 f.; XXV, S. 79 fl.; Vangerow, Pand. Anm. 2. zu § 216 und Anm. 2. zu § 217; Sintenis, Civilrecht § 132. Note 47; Arndts, Pand. § 403; namentl. Note 2 und 3. und im civ. Archiv L, S. 154; Bekker in seinem Jahrb. VI, S. 262 und 263; Czyhlarz, a. a. O. § 51., § 61. und namentlich § 62.

und vollständig, wenn auch der Ehefrau in anderer Weise, als dem Ehemanne. Dieser Stellung der dos würde es widersprechen, wenn die Gefahr derselben nicht auf den Eheleuten — ob Ehemann oder Ehefrau, ist hier gleichgültig —, sondern auf dem dotationspflichtigen Besteller ruhen würde, wie bei der Annahme einer Verpflichtung zu Erneuerung und Ergänzung der geminderten oder zu Grunde gegangenen Dos in Wirklichkeit der Fall wäre. Nach Bestellung einer entsprechenden Dos kann desshalb mindestens während Bestehens derselben Ehe von einer Verpflichtung zu wiederholter oder ergänzender Dotation nicht mehr die Rede sein — auch nicht wenn die dos ohne alles Verschulden des Ehemannes oder der Ehefrau zu Grund gegangen oder unter den ausreichenden Betrag heruntergesunken ist ¹²⁾).

Nicht einmal dann, wenn die Dotalobjekte dem Ehemanne evinzirt worden sind, kann Ergänzung verlangt werden. Zwar würde unter dieser Voraussetzung die Erwägung, dass eine dos, die nicht vollständig in das Vermögen des Ehemannes übergegangen ist, in Wirklichkeit keine dos, die Uebertragung solcher Werthe keine Dotation ist, wohl auf ein entgegengesetztes Resultat führen. Allein die Quellen nöthigen zu einer entgegengesetzten Annahme. In

L. 71 evict. 21. 2 (Paulus lib. 16 Quaest.)

— einer Stelle, welche auch Glück zu dem Aufgeben der von ihm früher vertheidigten entgegengesetzten Ansicht bestimmt hat — wird untersucht, ob der Vater, der eine von ihm gekaufte Sache der Tochter zu Heirathgut bestellt hatte, ex emto vel ex duplae stipulatione klagen könne, wenn die Sache nachträglich evinzirt worden ist; diese Frage wird zwar bejaht, aber nur zweifelnd und mit weit hergeholter Begründung — während doch das Interesse des Vaters bei Verpflichtung zur Ergänzung der dos auf der Hand gelegen wäre. Und in der für die Cautionshaftung massgebenden

12) Diess wird jetzt, wie es scheint, allgemein angenommen. Im Falle der Eviction wird dagegen von Manchen eine Verpflichtung zur Redotation statuirt, z. B. von Arndts und Bekker, a. a. O.; vgl. auch Brinz S. 1264. Andere dagegen verneinen mit Recht auch für diesen Fall die Verpflichtung: so Glück, Sintenis, Vangerow (Anm. 2. zu § 217) und namentlich Czychlarz a. d. a. O.

L. 1 C. jure dot. 5. 12 (Impp. Severus et Antoninus
A.A. et C.C. Nicephoro)

die ebenfalls von einem dotirenden Schwiegervater spricht, werden die verschiedenartigsten Möglichkeiten besprochen und entschieden: an die Möglichkeit eines Zurückgreifens auf das officium paternum aber denken die Kaiser offensichtlich nicht. Beide Entscheidungen sind zwar nicht absolut unvereinbar mit der anscheinend consequenten Ansicht — es können Fälle vorausgesetzt werden, in welchen der Vater über das officium hinaus dotirt hat, und kömmt bei der letzteren Stelle weiterhin noch in Betracht, dass es sich um die Klage des Ehemannes handelt, aus der gesetzlichen Dotationspflicht aber der Ehemann nur als Cessionar der Frau klagen könnte. Noch näher liegt es indessen sicherlich, in den beiden Stellen einen Beweis dafür zu sehen, dass die Römer von einer Erneuerungsklage auf Grund der gesetzlichen Dotationspflicht Nichts gewusst haben. Und diese Annahme wird noch dadurch unterstützt, dass die Grundsätze über die aus der Dotalbestellung selbst resultirende Evictionshaftung, dass namentlich die actio de dolo (vgl. mit L. 1. C. cit. L. 69. § 7 jure dot. 23. 3) für die grosse Mehrzahl aller Fälle auch dem dotationspflichtigen Besteller gegenüber ausreichenden Schutz bieten mussten. Auf diese actio de dolo möchte denn auch die

L. 34. jure dot. 23. 3 (Ulp. lib. 33 ad Sab.)

zu beziehen sein, aus welcher Bekker nicht blos die Haftung des dotationspflichtigen Parens, sondern auch die Befugniss des Ehemannes zur Klagerhebung ableitet (vgl. namentlich die Worte: si inscia invitave uxore vir id aurum in dotem dedisset).

Die Grundsätze über die aus der Dotalbestellung (dotis promissio und dotis datio) resultirende Evictionshaftung sind übrigens, weil über die dos necessaria hinausreichend, hier nicht darzustellen ¹⁹⁾.

b) Ist der dotationspflichtige Parens bei Eingehung einer zweiten und weiteren Ehe zu wiederholter Bestellung einer Dos verpflichtet?

19) Die Ansichten differiren ziemlich erheblich — vgl. ausser den in Note 11 und 12 angeführten Schriften, die fast durchaus auch hieher Bezug haben: Bechmann, Dotalrecht II, S. 269 ff.; Windscheid, § 495; Brinz S. 1261 ff.

Die Bejahung, obwohl sie hier noch näher zu liegen scheint, als im Falle unter lit. a, und obwohl sie in der Regel als zweifellos hingestellt wird, möchte doch Bedenken unterliegen ¹⁴⁾.

Ist die Ehefrau bei Lösung der ersten Ehe noch Haustochter und kommt in Folge dessen die dos wieder in das Patrimonium zurück, so hat die Verpflichtung des Hausvaters zur Redotation freilich keinen Anstand (vgl. auch L. 4, 32, 37 solut. mat. 24. 3; L. 81 pro socio 17. 2): aber die neue Dotation tritt hier schon nach classischem Rechte wenigstens der Sache nach als Herauszahlung der alten, vom Vater wieder in das Patrimonium gebrachten dos auf (vgl. hierüber den § 33. II. 2.), so dass Justinian nur eine ältere Anschauung zur vollen und rechtlichen Geltung gebracht hat, wenn er in Nov. 97 c. 5 dem Hausvater geradezu die Wiederbestellung der alten Dos (dem Werth nach) auferlegt.

Das Gleiche gilt, wenn die Ehefrau zwar nicht mehr Haustochter ist, die Dos aber dennoch an den Hausvater zurückgefallen ist (Nov. 97. c. 5).

Ist die gewesene Ehefrau nicht mehr Haustochter, und die Dos nicht an den Parens zurückgefallen (oder, was nach späterem Rechte möglich, die dos weil ab extraneo constituta rechtlich Vermögen der Haustochter — L. 1. 2. 6. C. bonis quae lib. 6. 61 —), so versteht es sich einmal von selbst, dass die noch existente und im Vermögen der Frau befindliche Dos nach dem Satze unter Ziff. 3 die Dotationspflicht des Parens zu beseitigen vermag. Weiterhin aber möchte aus einem Grunde, der dem unter a. 1 entwickelten parallel geht, selbst dann wenn die Dos nicht mehr oder nicht mehr in ausreichendem Betrage vorhanden ist, eine Verpflichtung zu wiederholter Dotation nicht angenommen werden können. Die Dos kommt an die gewesene Ehefrau, weil sie nicht bloß die Bestimmung hat, eine Vermehrung der realen Basis der Ehe zu sein, sondern auch nach Lösung der Ehe das Vermögen der Frau werden soll; und sie wird in Wirklichkeit bei der Frau deren freies, völlig

14) Auch die in Note 12 am Schlusse angeführten Schriftsteller nehmen wenigstens bei zufälligem Zugrundegehen der Dos in der Hand der früheren Ehefrau die Verpflichtung zu wiederholter Dotation an (vgl. nam. Czyhlarz, a. a. O. § 51. am Ende). Nur bei Sintenis a. a. O. finden sich Bedenken.

zu ihrer Disposition stehendes Vermögen. Die Frau hat also in ihrem Vermögen die Dos, welche der Dotationspflichtige bestellt hat.

Auch hier wäre desshalb der dotationspflichtige Parens, müsste er im Falle des Zugrundegehens der Dos bei der Frau wiederholt dotiren, für die Schicksale derjenigen Werthe haftbar gemacht, die aus seinem Vermögen definitiv ausgeschieden und zu freiem Vermögen der Frau geworden sind. Diess aber kann ohne stringenten Quellenbeweis nicht angenommen werden. Und an einem solchen Beweise fehlt es vollständig — denn selbst die Nov. 97. c. 5, welche die Redotationspflicht prinzipiell regulirt, setzt ausdrücklich voraus, dass der Parens die früher bestellte Dos in sein Vermögen zurück-erhalten hat.

.. aut suae quidem potestatis, reversionem autem in semet ipsos (patres) facientes. . .

§ 30. Klagbare Ansprüche zwischen Hausvater und Hauskind (Alimentationsanspruch).

Ueber den Alimentationsanspruch ¹⁾ ist ausser den in § 28. gemachten Bemerkungen hervorzuheben:

1) der Rechtszwang in Beziehung auf die Alimentation nahe stehender Familienangehörigen scheint zuerst durch Kaiserrescripte angeordnet worden zu sein. Wenigstens werden Rescripte bezüglich der Alimentation in aussergewöhnlich reichem Masse citirt und zwar theilweise für Sätze, die zu den Grundlagen des Institutes gehören:

L. 5. §§ 5.—7., 9., 11., 14., 16., 17. agnosc. lib. 25. 3. (Ulpian. lib. 2. Offic. Cons.); L. 33. neg. gest. 3. 5. (Paulus lib. 1. Quaest.)

1) Die ältere Literatur, die eine ziemliche Anzahl von Schriften über Alimente und darunter sehr ausführliche Werke umfasst (z. B. J. S. Surdi Tract. de Alimentis Col. Agripp. 1595), ist angegeben bei Glück, Commentar XXVIII, S. 50. Note 19; vgl. aus solcher namentlich Donellus, Op. Omn. III, p. 354 sq. Aus der neueren Literatur sind hervorzuheben Glück, a. a. O. S. 50—300; Unterholzner, Schuldverh. II, §§ 612 ff.; Koch, Recht der Forderungen III, S. 5 ff.; Sintenis, § 145. B.; Brinz, S. 1294—1299; vgl. ausserdem Mühlenbruch, Doctr. II, § 245; Puchta, § 316. und Windscheid, § 475; und als Arbeiten, die mehrere einschlagende Punkte, aber nicht die ganze Lehre behandeln: Puggé im Rhein. Museum III, (1829) 559—578. und Reinhard in der G.Z. N.F. (1856) XIII. Nr. 5.

Auch weist die Competenz der Consuln, welche aller Wahrscheinlichkeit nach bei Alimentationsstreitigkeiten eintrat (vgl. die Inscription von L. 5. cit.), auf Anerkennung des Anspruches während der Kaiserzeit und durch kaiserliche Vermittlung hin ²⁾).

Ob diese Rescripte an die indirekte Anerkennung angeknüpft haben, welche die sittliche Pflicht zur Erhaltung der nächsten Angehörigen durch die Thätigkeit der Jurisprudenz auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes erhalten hat;

L. 1. § 4. tut. act. 27. 3. (Labeo bei Ulp. lib. 36. ad Edict.);

L. 4. ubi pup. 27. 2. (Julian. lib. 21. Dig.)

oder ob sie von dem längst feststehenden Satze ausgegangen sind, dass die Erhaltung sämtlicher Familienangehöriger zu Lasten des Gewalthabers gehe;

L. 8. agnosc. lib. 25. 3. (Marcellus lib. 1. ad Leg. Jul. et Pap.)

oder ob sie ohne solche Anknüpfung, etwa im Zusammenhange mit den umfassenden Waisenstiftungen jener Zeit ³⁾, den Rechtsgedanken zur Geltung gebracht haben, mag dahin gestellt bleiben. Denn soviel steht jedenfalls fest, dass — sei es durch die Rescripte selbst, sei es durch die solche verarbeitende Jurisprudenz — als die Grundlage der rechtlichen Verpflichtung die sittliche Verpflichtung (*paterna pietas*, *pietatis ratio*, *officium*, *debitum pietatis*) und hie-mit das natürliche Verwandtschaftsband (*caritas sanguinis*, *ipsa natura*) anerkannt, insoferne also der Anspruch nicht als Rechts-, sondern als Billigkeitsanspruch (*ex aequitate*) angesehen und in weiterer Folge über die Hauskinder hinaus erstreckt worden ist.

L. 5. §§ 13., 15., 16., 17. agnosc. lib.; L. 4. C. e. t. 5. 25.

(Impp. Severus et Antoninus A.A. Sabino) u. a. m.
vgl. auch Ziff. 1.

2) Dass durch die unter Ziff. 1. angedeutete Entwicklung die Hauskinder die Befugnisse erhalten haben, den Hausvater nöthigenfalls auf gerichtlichem Wege zur Leistung entsprechender Alimente anzuhalten, ist zweifellos.

2) Ueber die Schlussfolgerung aus der Inscription vgl. Savigny in seiner Zeitschrift VI, 238. und über die sonstige Competenz der Consuln Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte II, § 4. Note 6.

3) Glück, a. a. O. S. 267 ff.

L. 5. § 1. tit. cit. vgl. ausserdem L. 8. e. t.

Aber ebenso zweifellos ist, dass spätestens in der Mitte des zweiten Jahrhunderts (L. 5. § 5. und § 14., L. 8. ht.) dieser Rechtszwang sich keineswegs auf den Hausvater im Verhältnisse zu den Hauskindern beschränkt, und dass zu Ulpian's Zeiten alle Ascendenten (väterliche, wie mütterliche) den Descendenten gegenüber (den in der Gewalt wie den ausser der Gewalt befindlichen Descendenten gegenüber), aber auch alle Descendenten den Ascendenten gegenüber alimentationspflichtig sind.

L. 5. §§ 1.—6. tit. cit.

Ebenso ist kein Zweifel, dass die in Frage stehende Alimentationsverbindlichkeit in der mütterlichen Linie ohne Unterschied zwischen unehelicher und ehelicher Verwandtschaft besteht,

L. 5. §§ 4. und 5. h. t.

während in der väterlichen Linie die unehelichen Verwandten nicht als Verwandte gelten, also auch jenen Anspruch nicht haben ⁴⁾.

L. 5. § 6. e. t. (*juste eam procreatam*).

Dagegen kann fraglich sein:

a) ob die Alimentationspflicht sich über den Kreis der Ascendenten und Descendenten hinaus auf die Geschwister erstreckt?

Zur Erklärung der feststehenden Befugniss des Vormundes, die dürftige Schwester seines vermöglichen Mündels aus dessen Vermögen zu alimentiren,

L. 13. § 2. adm. et per tut. 26. 7. (*Gajus lib. 12. ad. Ed. prov.*); L. 4. ubi pup. 27. 2. (*Julianus lib. 21. Dig.*);

L. 1. § 2. tut. act. 27. 3. (*Julian. bei Ulp. lib. 36. ad Edict.*)

reicht die Existenz einer sittlichen Pflicht (*officium*), die den Mündel zu solchem Beistande nöthigt, vollkommen aus.

L. 12. § 3. adm. tut. 26. 7. (*Paulus lib. 38. ad Edictum*).

Dass diese sittliche Pflicht zur Rechtspflicht geworden wäre, geht — so nahe dieser Uebergang auch liegen mochte — aus den Stellen mit irgend welcher Sicherheit nicht hervor. Die et-

4) Der Anspruch der *liberi naturales* auf Alimentation durch den *pater naturalis* soll, da die unehelichen Kinder keinesfalls zu der (engeren) Familie des Vaters gehören, hier ausser Betracht bleiben.

waige Wahrscheinlichkeit einer solchen Entwicklung aber, und das Beweisargument, welches die Zusammenstellung von Mutter und Schwester in einzelnen dieser Stellen zweifellos in sich schliesst, wird weit überwogen durch die Thatsache, dass Ulpian in seiner ex professo vorgenommenen Untersuchung der Frage nach den alimentationspflichtigen Personen (L. 5. §§ 1—6 agnosc. lib.) die Geschwister nicht erwähnt. Sollte deshalb etwa auch die frühere Jurisprudenz geneigt gewesen sein, Mutter und Schwester gleich zu behandeln — die betreffenden Stellen rühren von Gajus und Julianus her und möchten allerdings diese Annahme rechtfertigen — so ist doch späterhin ein Unterschied gemacht, und entweder die zu jener Zeit allein vorhandene sittliche Pflicht nur der Mutter gegenüber zur Rechtspflicht erhoben oder die auch zu Gunsten der Schwester postulierte Rechtspflicht wieder fallen gelassen worden ⁵⁾.

Ist die Alimentationspflicht schon unter Geschwistern nicht zur Rechtspflicht geworden, so lässt sich eine solche noch weniger für entferntere Verwandte behaupten.

b) ob zwischen Verschwägerten in aufund absteigender Linie Alimentation geleistet werden muss? ⁶⁾

Die Frage ist unbedenklich zu verneinen: denn wenn auch in solchem Verhältnisse die Liebe und Neigung (pietas), die zu Alimentation ohne Absicht dereinstiger Rückforderung veranlasst, häufig nicht fehlen wird,

L. 15. C. neg. gest. 2. 19. (Imp. Gordianus A. Eutychiano) so entspringt doch das Officium, das mit Rechtszwang verbunden

5) Die im Texte vertretene Ansicht ist in der neueren Literatur fast allgemein angenommen, namentlich auf Grund der Ausführungen Müllers (civ. Archiv XIII, — 1830 — S. 234 fl.), vgl. Vangerow, Anm. 2. zu § 260; Brinz, S. 1299 fl.; Windscheid, § 475. Note 26; Seuffert, Pand. § 449. Ziff. 6; aber auch schon in ausführlicher Begründung von Glück, a. a. O. S. 241—251. und in den bei ihm auf S. 237. in Note 1. angeführten Schriften. Die gegentheilige Ansicht hat in neuerer Zeit namentlich Thibaut, Versuche, I, Nro. 12. vertheidigt; vgl. übrigens auch Mühlenbruch, l. c. § 248. Ziff. 3.

6) Die Frage wird wenigstens in der Praxis bisweilen aufgeworfen, vgl. das O.A.Ger. zu Dresden bei Seuffert, Archiv VI, 193; Strippelmann, Sammlung von Entscheidungen des O.A.Ger. zu Kassel, N. F. II, S. 80. und Seuffert, Pandekten § 449. Note 7.

ist, nur aus der Blutsverwandtschaft und der aus solcher nothwendig resultirenden Liebe (*caritas sanguinis*); an ihr aber fehlt es unter Verschwägerten.

Anderweite Anhaltspunkte lassen sich nur etwa für das Verhältniss der Schwiegertochter zu dem Hausvater des Ehemannes auffinden: da die *onera matrimonii* hier als Last des Hausvaters erscheinen (L. 20. § 2. *fam. herc.* 10. 2.; L. 8. *agnosc. lib.* 25. 3.) und zu den *onera matrimonii* die Erhaltung der Ehefrau gehört. Allein dieser Ausgangspunkt führt zu keinem selbstständigen Alimentationsanspruche der Schwiegertochter, sondern nur dazu, dass der verheirathete Haussohn *Alimente* in einem Umfange verlangen kann, welcher ihm die Erhaltung nicht blos seiner Person, sondern auch seiner Familie ermöglicht. Die Schwiegertochter für sich selbst, also namentlich auch nach dem Tode des Ehemann-Haussohnes, hat keinerlei Rechtsanspruch gegen den Schwiegervater (vgl. im Uebrigen unten Ziff. 3. a).

c) ob die Alimentationspflicht auch die Erben des Verpflichteten ergreift?

L. 5. § 17. *lib. agnosc.* verneint die Frage:

Item *rescriptum* est *heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio suae pietatis dabit, invitos cogi non oportere.*
— in Uebereinstimmung damit, dass die Verpflichtung zur Alimentation keine Obligation ist, die zu dem Vermögen gehören und desshalb mit solchem übergehen könnte, sondern ein inhärirender Bestandtheil des Familienverhältnisses und des mit solchem gegebenen Pflichtenkreises, die mit dem Tode der Person zerstört werden (vgl. den § 28.). Aber das Fragment fügt alsbald die Beschränkung bei:

nisi in summam egestatem pater deductus est.

— so dass bei höchster Noth die Erben allerdings als alimentationspflichtig erscheinen ⁷⁾.

7) Die Ansichten über die Voraussetzungen der Haftpflicht der Erben sind ziemlich verschieden. Glück, a. a. O. S. 60. und Seuffert, Pand. § 449. bei Note 13. beschränken solche einmal auf die Erben der Eltern und weiterhin auf die Fortsetzung schon begonnener Alimentation. Letztere Voraussetzung tritt ausserdem scharf hervor in einem Erkenntnisse des Obertribunals zu Stuttgart bei Seuffert VI, 205. Gegen beide Voraussetzungen

Diese Alimentationspflicht der Erben ist nicht in der Person des Erblassers entstanden und durch Erbgang übergegangen: denn einmal wäre diess mit der Grundlage und der Natur der Verpflichtung im Widerspruche, und weiterhin wäre nicht abzusehen, warum die Verpflichtung, ginge sie als Schuld des filius auf dessen Erben über, in der Person der Erben eigene Voraussetzungen hätte. Sie entsteht vielmehr primär in der Person der Erben und hat ihren Grund darin, dass dieselben als Erben in gewissem Sinne Glieder der Familie des Erblassers sind ⁸⁾.

vgl. z. B. L. 5. und 6. pr. relig. 11. 7. (Gajus lib. 19. ad Ed. prov. und Ulpian. lib. 25. ad Edict.) u. a. m.

Desshalb ist es auch innerlich nicht begründet, die Verpflichtung der Erben davon abhängig zu machen, dass der Erblasser schon Alimente prästirt hat; die äussere Fundirung dieser Voraussetzung aber, welche in dem Zwischensatze (quae . . . dabit) gesucht werden will, fällt zusammen, sobald die Lesart dabit nicht mit dedit oder dabat vertauscht werden darf — wozu es an jedem Anhaltspunkte sowohl in den massgebenden Handschriften als in den Basiliken fehlt.

Ebenso verhält es sich mit der Annahme, dass nur dann von einer Pflicht der Erben gesprochen werden könne, wenn das Bedürfniss zur Alimentation noch zu Lebzeiten des Erblassers entstanden sei — einer Annahme, die blos etwa in der unrichtigen Auffassung des Alimentationsanspruches als eines der Person des Erblassers gegenüber entstandenen Forderungsrechtes eine Begründung finden könnte.

Und selbst die Aufstellung, dass nur gerade unter den Voraussetzungen des § 17., also namentlich nur wenn es sich um Alimentation des Vaters handelt, eine Verpflichtung der Erben begründet sei, entbehrt unter dem hier genommenen Gesichtspunkte der ausreichenden Begründung. Denn die Auffassung der Erben als Familienglieder und die Haftbarmachung sol-

spricht sich aus Windscheid § 475. Note 13, wenn auch nicht mit gleicher Bestimmtheit. So auch Unterholzner, § 414. bei Note x. unter Beifügung der Beschränkung auf das ererbte Vermögen. Andere dagegen beschränken die Ausnahme noch strenger als Glück und Seuffert auf den in dem § 17 genannten Fall z. B. Heerwart im civ. Archiv XIV. S. 440.

8) Köppen in Jhering's Jahrb. V, S. 128. Note 7a. und System des Erbrechtes I, S. 171.

cher Familienglieder für die Erhaltung anderer Glieder derselben Familie ist kaum mehr anomal, als die Ausdehnung der Haftpflicht des *pater familias* auf den *pater emancipati*, des Vaters auf die Mutter u. s. f. (L. 5. §§ 1 flg. h. t.); zu einer besonders strikten Auslegung liegt also kein Grund vor. Sind deshalb nicht anderweite Gründe für eine Beschränkung auf die Alimentation des Vaters vorhanden — und solche möchten sich nirgends entdecken lassen — so ist es sicherlich richtiger, den im § 17. ausgesprochenen Rechtssatz so wenig auf den im Rescripte genannten Fall zu beschränken, als diess bei den übrigen von Ulpian seiner Darstellung einverleibten Rescripten zu geschehen pflegt: also überall wo der Erblasser alimentationspflichtig ist, auch die — allerdings nur im äussersten Nothfalle ins Leben tretende — Alimentationspflicht des Erben anzunehmen.

Wann dieser äusserste Nothfall eintritt, lässt sich im Allgemeinen nur dahin angeben: keinesfalls solange noch ein anderer Alimentationspflichtiger vorhanden ist und wenigstens die nothdürftige Unterhaltung zu gewähren vermag. Eine andere Schranke wird der Betrag des Nachlasses abgeben: denn wenn der § 17. auch nicht erwähnt, dass der Erbe *pro modo facultatum mortui* verhaftet sei, und wenn auch der hier genommene Ausgangspunkt nicht in einfacher Folgerung zu diesem Satze führt, so möchte doch die Analogie der unter Z. 3. lit. a. zu referirenden Bestimmung, die Basirung des ganzen Verhältnisses auf *aequitas* (L. 1. § 2. cit.), und der Umstand, dass der Erbe jedenfalls erst in letzter Linie haftet, die Haftung aber nach der Intensivität der Beziehungen verschieden bemessen werden darf (L. 5. § 2. cit. vgl. mit Z. 3.), die Annahme rechtfertigen, dass die Alimentationslast in Verhältniss zu dem noch vorhandenen Betrage des Erbtheiles stehen muss (vgl. auch Nov. 89. c. 12. § 6.).

Werden diese Schranken genügend beachtet, so haben die praktischen Bedenken, die gegen solche selbstständige und dauernde Verhaftung der Erben zu sprechen scheinen, wenig zu bedeuten.

d) Fragt es sich weiterhin, in welcher Reihenfolge ⁹⁾ die

9) Auch über die Reihenfolge der Verpflichtungen differiren die Ansichten bedeutend; Donellus, Op. Omn. III, p. 453 sq. (Vater, dann Mutter; dann väterliche und mütterliche Grosseltern); Dion. Gothofredus in Note

unter a—c angeführten Personen als verpflichtet erscheinen, so ist ausser Zweifel, dass der Vater dann, wenn er Hausvater ist, in erster Linie, also vor allen übrigen Verwandten haftet, und dass der Erbe eines Verpflichteten allen anderen Verpflichteten nachsteht (vgl. lit. c.). In allen übrigen Beziehungen dagegen ist Streit und ist die Entscheidung, in Ermangelung direkt redender Quellenstellen, nicht unzweifelhaft.

Am Wenigsten sollte der Vorzug des Hausvaters, gleichviel ob Vater oder entfernterer Ascendent, vor allen übrigen Verwandten — dem Vater, der nicht Hausvater ist, der Mutter, den mütterlichen Ascendenten gleichen Grades, den Descendenten — Bedenken erregen. Denn selbst wenn es an allem Anhalte in den Quellen fehlen würde, würde doch der Zusammenhang des Patrimonium mit Erwerb und Erwerbskraft der Hauskinder die letzteren zunächst an den Hausvater weisen. Nun ist aber diese Hinweisung überdiess in

L. 8. agnosc. lib. 25. 3. (Marcianus lib. 1. ad leg. Jul. et Pap.)

prinzipiell, wenn auch nicht gerade unter Ziehung der betreffenden Folgerung, ausgesprochen, und geht Ulpian in seiner ganzen Argumentation (L. 5. pr. bis § 17. agnosc. lib.) so bestimmt von der Verhaftung des Hausvaters als dem einzig sicheren und festen Punkt aus, dass mit ziemlicher Zuversicht eine Gleichstellung anderer Ascendenten mit dem Hausvater oder gar ein Ausschluss des

20. zu L. 5. pr. agnosc. lib. (Wahlrecht des Alimentationsbedürftigen zwischen Vater und Grossvater); Glück, a. a. O. S. 209 ff. und Sintonis § 140. bei und in Note 58. (Vater; dann gewalthabender Grossvater; dann Mutter; dann väterliche und mütterliche Grosseltern); Unterholzner, a. a. O. §. 614. H. (wie Glück; aber unter ausdrücklicher Anerkennung des Massstabes der Gradesnähe und der hieraus sich ergebenden Concurrenz von Ascendenten und Descendenten); Puchta, Pandekten § 316; Arndts, § 348; Seuffert, § 449 (Vater und väterliche Ascendenten; dann Mutter und mütterliche Ascendenten); Windscheid, §. 475. Note 5; Brinz, S. 1299 (Vater, Mutter, Grosseltern — Windscheid unter Voranstellung der Mutter auch gegenüber demjenigen Grossvater, der die Gewalt hat); vgl. dazu O.Trib. in Rostock bei Seuffert XI, 154 (Mutter vor den Grosseltern verpflichtet, sofern solche nicht die Gewalt haben); O.Trib. in Stuttgart bei Seuffert XIII, 264 (Gleichstellung der väterlichen und mütterlichen Grosseltern). Weitere Literatur bei Glück, a. a. O. S. 209. 219; auch bei Seuffert, XIII, Nr. 264.

Hausvaters durch einen andern Ascendenten, oder durch die Kinder als ein Gedanke bezeichnet werden kann, der Ulpian gänzlich fremd ist. Dass die Alimentationspflicht auf das officium und diese auf die caritas sanguinis basirt wird, und zwar auch von Ulpian, beseitigt die Beweiskraft dieser Argumente nicht: denn, wie das Beispiel der Dotationspflicht zeigt, hindert dieser Ausgangspunkt keineswegs die Einwirkung anderer Gründe und hiemit eine ziemliche Verschiedenheit in dem Uebergange des Officium in eine Rechtspflicht.

Soweit kein Hausvater in Frage steht, verlassen freilich die Quellen vollständig: denn die Reihenfolge, in welcher Ulpian die Verpflichtungen untersucht und fixirt, lässt sich schon desswegen hieher nicht verwenden, weil ihm ausser der Pflicht des Hausvaters jede Alimentationspflicht als eine Pflicht von zweifelhafter, erst zu belegenden Existenz erscheint. Unter diesen Umständen muss die Analogie entscheiden. Aber ob die Analogie der Dotationspflicht oder der sonstigen Cognationsrechte (namentlich der Erbfolgeordnung)? Im ersten Falle würden Vater und väterliche Ascendenten auch in Beziehung auf das emancipirte Kind vor der Mutter und den mütterlichen Ascendenten verpflichtet sein. (vgl. den vorigen § Z. 2.) Im andern Falle dagegen würde ein Unterschied weder zwischen Vater und Mutter, noch zwischen mütterlichen und väterlichen Ascendenten zu machen, sondern würden die Personen (zunächst unter den Ascendenten), die in gleichem Grade mit dem Alimentationsbedürftigen verwandt sind, als gleichmässig verpflichtet zu erachten sein.

Der nahen Verwandtschaft der Dotations- und der Alimentationspflicht unerachtet, möchte doch der letzt angedeuteten Analogie der Vorzug zu geben sein — einmal weil der unleugbare Zusammenhang der Dos mit dem Familienvermögen hier kein Gegenstück findet; dann um der Entstehungsgeschichte der Dotationspflicht willen, die fast nothwendig auf eine andere Reihenfolge der Verpflichteten führen musste, als sich sonst aus der natürlich-sittlichen Basis der Verpflichtung ergeben hätte (vgl. den vorigen § Ziff. 1); endlich weil die Analogie der Dotationspflicht nur zum kleineren Theile einen Massstab für die Reihenfolge der alimentationspflichtigen Personen abzugeben vermöchte.

Die Analogie der sonstigen Cognationsrechte und Pflichten

bietet aber freilich auch Schwierigkeiten und Bedenken. Sie lassen sich indessen beseitigen und ergeben sich aus jener Analogie dann folgende Sätze: Wenn alimentationspflichtige Kinder und Ascendenten einer und derselben Person da sind, liegt die Verpflichtung zunächst den Descendenten ob ¹⁰⁾. Unter den Descendenten befreit zwar die Existenz eines dem Grade nach näher stehenden Descendenten denjenigen entfernteren Descendenten, der durch jenen mit dem alimentationsbedürftigen Parens verwandt ist; im Uebrigen ist aber die Gradesnähe bedeutungslos. Unter den Ascendenten ist dagegen die Gradesnähe entscheidend, und nur die Gradesnähe.

Ein Bedenken gegen das sich auf diese Weise ergebende Resultat und hiemit gegen den Ausgangspunkt selbst könnte aus Nov. 117. c. 7. entnommen werden — wenn angenommen werden dürfte, einmal, dass Justinian in diesem Gesetze einfach die schon im älteren Rechte geltenden Sätze auf den Fall der Scheidung der Eltern zur Anwendung bringe, und dann dass die Grundsätze, wie sie aus dieser Novelle resultiren, auf der einen Seite Vorgehen des Vaters vor der Mutter, auf der anderen Seite völligen Parallelismus zwischen der Pflicht der Ascendenten und der Pflicht der Descendenten ergeben. Indessen erstreckt sich der Parallelismus zwischen den beiden Kreisen von alimentationspflichtigen Personen

ὅν γὰρ τρόπον οἱ παῖδες εὐποροῦντες ἀναγκάζονται τὴν μητέρα δεομένην τρέφειν, οὕτω δίκαιον κληρομεν καὶ παρὰ τῆς μητρὸς εὐπορούσης τοῖς παῖδας ἀποτρέφεσθαι. Ὅπερ δὲ περὶ τοῦ τρέφεσθαι τὴν μητέρα καὶ τοὺς παῖδας διωρίσαμεν πενομένους, τοῦτο δὲ καὶ ἐπὶ πάντων τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων προσώπων ἑκατέρας φύσεως κρατεῖν κελύμεν —

nach dem übrigen Inhalte der Novelle nicht weiter als auf die gleichmässige Anerkennung der Alimentationspflicht der vermöglichen Descendenten und Ascendenten beiderlei Geschlechtes gegenüber den bedürftigen Ascendenten und Descendenten. Der anscheinende Widerspruch zwischen der Novelle und den obigen Aufstellungen beschränkt sich also darauf, dass in der Novelle entschieden davon ausgegangen wird, der Vater sei vor der Mutter alimentationspflichtig (vgl. auch L. 5. § 14. agnosc. lib.). Indessen ver-

10) So Koch, a. a. O. S. 18.

schwindet auch dieser Widerspruch, sobald beachtet wird, dass die Novelle Kinder voraussetzt, die zur Zeit der Trennung der Eltern sich bei ihren Eltern aufhalten und durch solche erhalten werden, also Kinder, die dem regelmässigen Gange der Dinge nach so gut unter väterlicher Gewalt stehen, als die in L. 5. § 14. h. t. erwähnte noch zu erziehende filia: denn dass der Hausvater vor der Mutter alimentationspflichtig ist, steht auch nach classischem Rechte fest.

Wenn übrigens je ein Widerspruch der Novelle mit den oben constatirten Ergebnissen anzunehmen wäre, so könnte er doch diese Ergebnisse für das classische Recht nicht alteriren; insoferne nirgends, namentlich auch nicht in der Ausdrucksweise Justinians ein Grund zu der Annahme vorliegt, dass die Novelle geltendes Recht wiederholen und anwenden wolle.

Nach den Ausführungen unter lit. a—d können möglicher Weise dem alimentationsbedürftigen Familiengliede mehrere in gleicher Reihe verpflichtete Personen gegenüber stehen. Wie sich die Pflicht bei solcher Concurrenz gestaltet ¹¹⁾, ist in den Quellen nicht gesagt; von dem hier eingenommenen Standpunkte aus aber, der weder die Alimentationspflicht selbst als Obligatio ansieht, noch aus solcher Obligationen entstehen lässt (vgl. den vorigen § im Eingange), unschwer in folgender Weise zu bestimmen. Die Pflicht ist weder durch die Concurrenz getheilt, so dass der Einzelne nur zu einem entsprechenden Theile (etwa pro virili parte) verpflichtet wäre; noch eine solidarische Verpflichtung in der Weise, dass der Alimentationsberechtigte jeden Pflichtigen nach seiner Wahl auf alleinige Alimentation belangen könnte: vielmehr haben die mehreren Pflichtigen gemeinschaftlich zu alimentiren, und hat zu dieser gemeinschaftlichen Alimentation der Einzelne nach Verhältniss seines Vermögens und seiner Leistungsfähigkeit beizutragen, aber unter Erhöhung und Ergänzung seines Beitrages, sobald die Beiziehung anderer Pflichtiger sich als trügerisch erweist.

3) Unter den Personen, die in sub Ziff. 2. aufgeführt worden sind, ist die sittliche Verpflichtung zur gegenseitigen

11) Die Frage wird in der Regel nicht berührt, vgl. indessen doch Gothofredus in Note 20. zu L. 5. pr. agnosc. (cum quasi duo rei sint credendi); Unterholzner, a. a. O. nach Note 10 (Beisteuer nach Massgabe der Grösse des einzelnen Vermögens).

Unterstützung und Erhaltung, welche das Familienband (die *caritas sanguinis* in auf- und absteigender Linie) mit sich bringt, zur Rechtspflicht erhoben, d. h. ohne Veränderung ihrer Basis und ihres Inhaltes rechtlich erzwingbar gemacht worden. Wann nun diese im Allgemeinen mit der Verwandtschaft selbst existente Verpflichtung zu reellem Eingreifen nöthigt, und wie weit dieses Eingreifen, soll den Anforderungen des *Officium* Genüge geleistet sein, sich erstrecken muss, kann nach der Natur solcher sittlichen Verpflichtungen unmöglich im Voraus, durch allgemeine Norm, sondern immer nur im concreten Falle entschieden werden. Es spricht desshalb ebensowohl für die Beibehaltung der ursprünglichen Natur der Verpflichtung, als für die richtige Erkenntniss Dessen, was diese Natur fordert, dass Ulpian, statt Voraussetzungen, Inhalt und Umfang der Verpflichtung genau festzustellen, ganz allgemein sagt:

magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegrius (nach Mommsens Conjectur statt des handschriftlichen *aegritudini*): *et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.* (L. 5. § 2 t. c.)

dass er also auf das richterliche Ermessen d. h. die Abwägung der concreten Sachlage durch den *iudex* verweist¹²⁾. Auch den massgebenden Gesichtspunkt für dieses Ermessen deutet er hiebei in den Worten

cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis ganz richtig dahin an: dass, was die Verwandtschaft und die mit ihr gegebene natürliche Liebe der Familienglieder im concreten Falle fordere, in der Anordnung des Richters rechtlichen Ausdruck finden solle. Finden sich desshalb in der weiteren Ausführung Ulpians beziehungsweise in anderen Fragmenten einzelne nähere Regulirungen, so sind sie doch immer in Beziehung zu jenem prinzipalen Gesichtspunkte, und im concreten Falle nur soweit in Anwendung zu bringen, als sie mit letzterem nicht in Widerspruch treten.

12) Die Verweisung auf das *arbitrium iudicis* wird scharf betont und gehörig verwerthet von Puggé, a. a. O. S. 589 f.

Unter Berücksichtigung dieses Satzes sind nun folgende Punkte hervorzuheben:

a) Nicht alle und jede Förderung, welche der Ascendent dem Descendenten, der Descendent dem Ascendenten gewähren kann und soll, ist zum Inhalte der Rechtspflicht¹³⁾ gemacht worden, sondern nur das exhibere, alere, alimenta praestare, d. h. die Verschaffung der zur Erhaltung der Existenz nothwendigen Mittel.

Nun sind bei einem jeden Menschen eine gewisse Anzahl von Bedürfnissen zu befriedigen, wenn er existiren soll — Leibesnahrung, Kleidung, Wohnung u. s. f. — und kann in der Befriedigung dieser Bedürfnisse beziehungsweise in der Gewährung der Mittel zur Befriedigung über ein gewisses Minimum nicht heruntergegangen werden. In Beziehung auf jene Bedürfnisse und dieses Minimum besteht desshalb unzweifelhaft eine rechtlich erzwingbare Unterstützungs- und Gewährungspflicht der unter Ziff. 2 genannten Verwandten. Sollte es noch eines Beweises bedürfen, so würde er in all den Stellen zu finden sein, die das Wort alimenta auch da, wo es seine engste Bedeutung hat, auf alle Bedürfnisse beziehen, die die Erhaltung der physischen Existenz des Menschen hervorruft, und auf alle Leistungen, ohne welche diese Erhaltung nicht möglich ist.

L. 6. alim. leg. 34. 1. (Javolenus lib. 2. ex Cassio): Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debetur,

13) Ueber den Inhalt der Alimentationspflicht vgl. die (breite, aber nicht ebenso gründliche) Abhandlung von Walther in der G.Z. XX, S. 343 ff., der wie Glück, a. a. O. S. 51 f., Speise und Trank, Kleidung, Wohnung, Feuerung und Licht, Bedienung, Arznei, Erziehung und Unterrichtskosten unter die Alimente rechnet; Reinhardt, a. a. O. S. 142 f. (wie Walther, aber für die Regel mit Ausschluss der Unterrichtskosten). Letztere werden nicht bloß von Reinhardt, sondern von der grossen Mehrzahl der Neuern nur im Verhältnisse der Kinder zu den Eltern den Alimenten gleich behandelt und zwar auf Grund der Erziehungspflicht der Eltern (Sintenis, a. a. O. Note 56; Seuffert, Pand. § 449; Windscheid, § 475. bei Note 11), oder auch nur im Verhältnisse zu dem Hausvater mit Ableitung aus der Stellung des Hauskindes (Brinz S. 1298. vgl. mit 1296 unten). Die eigentlichen Alimente umfassen dann bloß, was zur Erhaltung und Pflege des Körpers erforderlich ist (Sintenis, a. a. O.; Windscheid, a. a. O.). Mehr auf die concrete Sachlage wird verwiesen von Unterholzner, a. a. O. unter I.

quia sine his ali corpus non potest. vgl. auch L. ult. e. t. (Paulus lib. 4. ad Neratium); L. 1. § 19. vgl. mit L. 5. pr. ventre in poss. mitt. 37. 9. (Ulp. lib. 41. ad Edict. und Gajus lib. 14. ad Ed. prov.); L. 43., 44., 234. § 2. V. S. 50. 16. (Ulp. lib. 58. ad Edict.; Gajus lib. 22. ad Ed. prov. und lib. 2. ad leg. XII. Tab.)

Aber die Befriedigung jenes Minimums von Bedürfnissen durch das denkbar möglichste Minimum von Leistungen ist offensichtlich in den meisten Fällen keine ausreichende Erfüllung der sittlichen Pflicht, welche die *caritas sanguinis* in auf- und absteigender Linie mit sich bringt. Hierzu ist vielmehr erforderlich, dass das bedürftige Familienglied zwar nie über seinen Stand und die von ihm bisher eingenommene Lebensstellung hinaus, aber innerhalb dieser Schranke so erhalten und unterhalten werde, wie es einem Gliede dieser Familie geziemt: dass also der Vater und Grossvater den Kindern und Enkeln, der Sohn und Enkel den Eltern und Grosseltern ein Leben und eine Existenz ermögliche, wie sie den Kindern und Enkeln gerade des alimentationspflichtigen Vaters und Grossvaters, den Eltern und Grosseltern gerade des in Frage stehenden Sohnes und Enkels zukömmt. In diesem Umfange ist denn auch die sittliche Verpflichtung zur Rechtspflicht erhoben worden. Diess ergeben die Hinweisungen einmal auf die Nähe und die Art der Verwandtschaft des Alimentationsbedürftigen mit dem Pflichtigen;

L. 5. § 2. cit. (und zwar nicht blos nach der oben gegebenen Mommsen'schen Lesart, sondern auch nach dem gewöhnlichen Texte)

weiterhin auf die *dignitas* des Alimentationsberechtigten und des Pflichtigen — denn wenn solche auch nur bezüglich der Alimentation des *nasciturus* und seiner Mutter ausgesprochen ist, darf sie doch unbedenklich hieher übertragen werden —;

L. 1. § 19. de ventre s. cit. (pro dignitate ejus — defuncti — atque mulieris)

endlich und namentlich auf die *facultates* des Pflichtigen.

L. 5. §§ 7. 10; auch 19. 25. tit. cit.; L. 3 und 4. C. alend. lib. 5. 25. (Divi Fratres A. A. Titianae und Imp. Severus et Antoninus A. A. Sabino)

Denn diese Hinweisungen wollen und sollen dem Richter einen Anhalts-

punkt für die Festsetzung der zu befriedigenden Bedürfnisse (L. 5. § 5. cit.) und der für solche aufzuwendenden Mittel geben; tragen aber einen inneren Zusammenhang, sowie eine ausreichende Rechtfertigung nur unter der Voraussetzung in sich, dass die klassische Jurisprudenz von dem oben hervorgehobenen Gesichtspunkte aus den Umfang der Verpflichtung näher zu bestimmen sucht.

Ist diess richtig, so liegt es auf der Hand, dass die verschiedenartigsten Fragen — ob die Besorgung einer gewissen Bedienung zu den Bedürfnissen gehöre, welche nöthigenfalls der Alimentationspflichtige zu besorgen hat? ob nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers Erforderliche oder auch die Mittel zur Verschaffung einer gewissen geistigen Unterhaltung zu prästiren seien? ob auch auf die Bedürfnisse der Familie des Alimentationsberechtigten Rücksicht zu nehmen sei? selbst ob in natura oder durch Geldprästationen zu alimentiren sei¹⁴⁾? u. s. f. — nur nach der concreten Sachlage, wenn auch unter fortwährender Berücksichtigung der quellenmässigen Anhaltspunkte beantwortet werden können.

Diess gilt auch für die vielbesprochene Frage: ob der Alimentationspflichtige für die Erziehungskosten aufzukommen habe? wird aber hier allerdings generell zu der Antwort führen: dass wenn die alimentationsbedürftige Person in einem Alter sich befindet, in welchem sie, um zu selbstständiger Existenz im Leben fähig zu werden, des Unterrichtes und der Erziehung bedarf, die pflichtige Person — gleichviel ob Vater oder Mutter, Grossvater oder Grossmutter — auch für den nothwendigen Aufwand einer Erziehung eintreten muss, wie sie den Verhältnissen des Parens entspricht. Denn dass die Quellen die Erstreckung der Alimentationspflicht auf solchen Aufwand überall ausser den alimentationspflichtigen Eltern gegenüber ausschliessen, ist nicht richtig: enthält doch

L. 5. § 12. agnosc. lib. . . Non tantum alimenta, verum etiam

14) Ueber die einzelnen Fragen vgl. die in Note 13. citirten Schriften; speziell darüber, ob auf die Bedürfnisse der Familie Rücksicht zu nehmen ist? Puggé, a. a. O. S. 576 fl., der bei richtiger Fixirung des Ausgangspunktes in der Ausdehnung der Verpflichtung wohl zu weit geht; dazu Seuffert, Archiv X, 264; Strippelmann, a. a. O. II, S. 80 fl.; Sintenis, a. a. O. bei Note 54; ob in natura zu alimentiren? Puggé, a. a. O. S. 574 f. (richtige Verweisung auf das Ermessen des Magistratus); dazu Seuffert, X, 264.

cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere rescriptis continetur.

einen Auszug aus Rescripten, in welchem das Wort patrem zu betonen und daraus ein argumentum a contrario abzuleiten an sich und nach dem übrigen Inhalte des ulpianischen Bruchstückes mehr als misslich wäre. Und dass das Wort alimenta nicht selten unter Ausschluss des Erziehungsaufwandes gebraucht ist,

L. 6. alim. leg. vgl. mit L. ult. e. t. u. L. 43. 44. V. S. ist ebensowenig beweisend: insoferne die Verpflichtung des Vaters in pr. — § 3. der L. 5. auch als Verpflichtung zu dem alere und exhibere der liberi aufgeführt, in § 12. desselben Fragmentes aber (vgl. auch L. 5. § 14. cit.) unbedenklich auf die cetera onera ausgedehnt wird; und insoferne ebenso in L. 6. § 5. Carbon. Ed. 37. 10. die Befugniss, die in L. 5. § 3. ff. als Befugniss zur Alimentation aus dem Nachlasse (vescere, se alere, auf alimenta) aufgeführt wird, als den Erziehungsaufwand mitumfassend erscheint. Dast sich deshalb das Hereinziehen des Erziehungsaufwandes in Argumentation aus den allgemeinen Grundsätzen rechtfertigen — und diess sollte kaum einem Anstande unterliegen — so erregt der Inhalt der Quellen kein Bedenken.

b) Von einer sittlichen und hiemit von einer Rechtspflicht zur Unterstützung der Descendenten und Ascendenten nach der unter a) angedeuteten Richtung hin kann nur die Rede sein, wenn ein Bedürfniss der Unterstützung¹⁵⁾ in der Person dieser Familienglieder vorhanden ist d. h. wenn sie sich den Unterhalt, wie sie solchen ansprechen können, nicht selbst zu verschaffen vermögen.

Diess ist in einer Mehrheit von Quellenstellen ausgesprochen — namentlich in der Richtung, dass Vermögenslosigkeit des Alimentationsberechtigten verlangt wird, wenn die Pflicht in Wirksamkeit treten soll,

15) Hierüber namentlich Puggé, a. a. O. S. 549 ff. und Brinz, S. 1296 f., welche übrigen beide, wenn auch in verschiedener Weise, der (hier zunächst nicht zu erörternden) L. 8. § 5. C. bonis quae lib. 6. 61. eine zu weittragende Bedeutung beimessen, vgl. auch Reinhard, a. a. O. S. 241 ff. Ueber die Frage, in wie weit die Arbeitskraft mit in Berücksichtigung zu nehmen sei, ist eine Entscheidung bei Seuffert, Archiv X, 179. referirt.

L. 5. § 13. (*patrem inopem ... patrem egere*) und § 17. h. t., vgl. mit den §§ 19. (*ceterum si sit unde se exhibeant, cessabunt partes judicis*) und § 26. desselben Gesetzes; L. 1. § 2. und 4. *tut. act.* 27. 3. (*Ulp. lib. 36. ad Edict.*); vgl. auch L. 8. § 5. *C. bonis quae lib. 6. 61. und Nov. 117. c. 7.* aber auch gelegentlich in der Richtung auf die Erwerbskraft desselben d. h. dahin: dass eine Verpflichtung zur Alimentation nicht vorliege, wenn durch die eigene Thätigkeit des Bedürftigen dem Bedürfnisse entsprochen werden könne.

L. 5. § 7. *agnosc. lib.*

Zugleich erhellt aus dieser letzteren Stelle, dass keineswegs dauernde Bedürftigkeit erfordert wird, sondern auch vorübergehende Unfähigkeit zur Erhaltung (*si modo .. in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis*) ausreicht.

Auch hiebei ist indess das unter lit. a. auseinandergesetzte Prinzip schliesslich massgebend: einmal insoferne sich aus ihm ergibt, welche Existenz das einzelne Familienglied ansprechen kann, wie weit also dessen Vermögen und Arbeitskraft reichen muss, um die Verpflichtung der anderen Familienglieder auszuschliessen; dann aber auch weil neben der persönlichen Befähigung und bisherigen Lebensstellung der Bedürftigen dessen Stellung in der Familie, also dessen Beziehung zu dem Pflichtigen und hiemit wiederum Stand und Vermögen des letzteren für die Beantwortung der Bedürftigkeitsfrage entscheidend sein muss, also namentlich für die Fragen, ob das vorhandene Vermögen vor dem Angriffe der Pflichtigen völlig erschöpft sein muss? ob und in wie weit die Arbeitskraft des Bedürftigen in Rechnung zu nehmen ist? Diess wird unter Anderem häufig berechtigen, die Erwerbskraft bei dem noch der Erziehung und Ausbildung bedürftigen Kinde, die Möglichkeit des Erwerbes durch Handarbeit bei dem nach Erziehung und bisheriger Lebensstellung nicht mit Handarbeit beschäftigten Ascendenten ausser Betracht zu lassen — vorausgesetzt, dass im ersteren Falle die Verhältnisse des Parens eine von der alsbaldigen Ausnützung der Erwerbskraft absehende Erziehung des Kindes, in letzterem Falle die Verhältnisse des Descendenten eine vollere Unterstützung des Ascendenten gestatten, beziehungsweise als Pflicht erscheinen lassen u. s. f.

Dass die Unfähigkeit zur Selbsterhaltung nicht auf eigenem

Verschulden beruhe, ist keine Voraussetzung des Anspruches auf Alimentation — aber eine Berücksichtigung vorausgegangener leichtsinniger Verschleuderung des eigenen Vermögens und ähnlicher Vorgänge bei der Festsetzung des Umfanges der Alimentationspflicht der sittlichen Natur des Verhältnisses nach Umständen nicht entgegen.

c) Der sittlichen Verpflichtung zur Erhaltung und Unterstützung der nächsten Familienangehörigen braucht nur genügt zu werden, wenn die näher liegende Verpflichtung zur Selbsterhaltung diess gestattet und in dem Masse, in welchem sie es gestattet. Für die Rechtspflicht ist diess mehrfach ausgesprochen in der Voraussetzung der Vermöglichkeit des Alimentationspflichtigen;

L. 5. § 13. agnosc. lib. . . cum filius sit in facultatibus. vgl. mit § 26. e. t. und L. 1. § 4. tut. act.

L. 2. C. h. t. 5. 25. . . si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit. vgl. auch Nov. 117. c. 7.

dann in der Bestimmung, dass die Alimente pro modo facultatum des Pflichtigen bemessen werden (vgl. die Belege oben in lit. a.).

Aber auch diese Fähigkeit zur Alimentation¹⁶⁾ bestimmt sich näher nach dem oben angedeuteten Gesichtspunkte. Diess gilt namentlich bezüglich der Beantwortung der Frage, ob und in wie weit die Erwerbskraft des Pflichtigen bei der Bemessung seiner Alimentationsfähigkeit in Betracht zu ziehen ist: denn deren Anspannung kann z. B. von Vater und Mutter im Verhältnisse

16) Fähigkeit zur Alimentation, nicht »Ueberfluss«, wie Koch, a. a. O. S. 9 ff. meint, steht in Frage. Näheres über diese Voraussetzung bei Brinz, S. 1298. Brinz statuirt hier wie zu den Sätzen, die der Text unter a., b. und d. referirt, einen Unterschied zwischen primärer Alimentationspflicht (des Hausvaters) und secundärer Alimentationspflicht (aller übrigen Verwandten). Allein so unverkennbar die natürliche Stellung und Aufgabe der Eltern und namentlich des Vaters gegenüber den nicht zu Selbstständigkeit gelangten Kindern ein intensiveres officium mit sich bringt, und so nothwendig diese grössere Intensivität des officium auf Voraussetzungen und Inhalt der Alimentationspflicht rückwirkt: so wenig möchte mit der Ulpianischen Darstellung und mit der Grundlage der Verpflichtung die Beschränkung dieser stärkeren Verpflichtung auf den Hausvater und hiemit überhaupt der Gegensatz zwischen primärer und secundärer Alimentationspflicht gerechtfertigt sein. — Die Frage, in wie weit die Arbeitskraft der Pflichtigen mit in Betracht zu nehmen ist, ist zur Entscheidung gekommen in den bei Seuffert, Archiv, I, 233. XIV, 43. mitgetheilten Erkenntnissen, vgl. auch Seuffert, Pand. § 449. Note 15.

zu den unerzogenen Kindern der Stellung und Aufgabe der Eltern entsprechend in viel höherem Masse verlangt werden, als von den Eltern in dem Verhältnisse zu den erwachsenen und selbstständig gewordenen Kindern, und als von den Grosseltern, deren erste und Hauptpflicht in der Aufbringung und Erziehung der eigenen Kinder sich erschöpft hat. Jener Gesichtspunkt rechtfertigt es ferner, wenn die Schulden der Alimentationspflichtigen weder ohne Weiteres an dem Aktivvermögen abgerechnet noch unbedingt ausser Betracht gelassen werden u. s. f.

d) Nach

L. 5. § 11. agnosc. lib.: Idem judex aestimare debet, num habeat aliquid parens vel avus, propter quod merito (filios suos) nolit alere ¹⁷⁾: Trebatio denique Marino rescriptum est merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat. vgl. auch L. 4. C. h. t.

soll die Alimentationspflicht, obgleich ihre sonstigen Voraussetzungen zutreffen, cessiren, wenn der alimentationsbedürftige Filius dem alimentationspflichtigen Vater ausreichenden Grund zur Weigerung ¹⁸⁾ gegeben, z. B. durch Denunziation solchen in eine Criminaluntersuchung verwickelt hat, d. h. — in gehöriger Verallgemeinerung und in prinzipieller Formulierung —: wenn der Alimentationsbedürftige die Pflichten, die ihm seiner Seits ex caritate sanguinis gegen den alimentationsfähigen Verwandten obliegen, so weit ausser Augen gesetzt hat, dass dieser ihn ohne Verletzung des aus dem Familienbände resultirenden officium als der Familie nicht mehr angehörend ansehen darf.

Dass in dieser Formulierung der Satz weder unbillig nach dem aufgestellten Prinzipie widersprechend ist, liegt auf der Hand. Aber

17) So nach der Conjectur Mommsen's. Die handschriftliche Lesart (num habeat aliquid parens vel an pater quod merito etc.) gibt übrigens, soweit hieher bezüglich, keinen abweichenden Sinn.

18) Puggé, a. a. O. S. 559 fl.; Reinhard, a. a. O. S. 150 fl. Die in der älteren Literatur herrschende Ansicht, dass nur die Enterbungsursachen einen ausreichenden Grund, aber auch sie nie zur Entziehung der sogenannten alimenta naturalia abgeben (vgl. noch Glück, a. a. O. S. 59 und 60., die ältere Literatur bei Puggé, a. a. O. S. 562. Note 2), kann als aufgegeben betrachtet werden (vgl. indessen doch Koch, a. a. S. 59, und Unterholzner, § 614. G.).

freilich muss auch hier das Prinzip selbst und damit die concrete Sachlage näher bestimmend eingreifen können: so dass also Pflichtverletzung Seitens eines noch unerwachsenen, unerzogenen Kindes den Ascendenten — nicht blos den Vater, sondern auch die Mutter und die Grosseltern — kaum je einmal von der Alimentationspflicht entbinden wird; so dass ferner die Nähe des Verwandtschaftsbandes einer Seits den Pflichtenkreis ausgedehnter, anderer Seits die Aufhebung des officium schwieriger zu machen vermag; so dass endlich selbst die nur theilweise Versagung der Alimentation (Herabminderung auf die unbedingt nothwendigen Alimente) unter Umständen gerechtfertigt sein kann.

Hieraus ergibt sich von selbst, dass es nicht richtig ist, nur die gesetzlich festgestellten Enterbungsursachen als Ausschliessungsgründe zu betrachten: so sehr auch die Aufzählung der Enterbungsursachen in Nov. 115. zu analoger Verwerthung geeignet ist. Ueberdiess waren zur Zeit der Ausbildung der rechtlichen Alimentationspflicht die Enterbungsgründe nicht fixirt, konnte also der Gedanke, die Enterbungsursachen auch hier zu Befreiungsgründen zu erheben, in classischer Zeit nicht entstehen.

4) Ueber die Alimentation kann es zu einem Rechtsstreite zwischen den Familiengliedern kommen, und zwar schon in classischer Zeit: ohne dass das etwaige Bestehen einer väterlichen Gewalt zwischen solchen hemmend in den Weg treten würde (vgl. den § 28).

Dass solcher extra ordinem zu verhandeln war, ist schon bemerkt worden (vgl. oben Z. 1); dass er nöthigenfalls zu einer summarischen Untersuchung des Verwandtschaftsverhältnisses und zu einer nicht präjudiciellen Entscheidung über solches führen kann (L. 5. §§ 8 und 9. lib. agn.), hieher nicht von Interesse.

Dagegen mag über die Beweislast bemerkt werden: dass der Alimentationsbedürftige ausser dem verwandtschaftlichen Verhältnisse (Ziff. 2) die Unmöglichkeit der eigenen Alimentirung (Ziff. 3. b.) und, sobald er über die unbedingt nöthigen Alimente hinaus verlangen will, alle diejenigen Verhältnisse in seiner Person und in der Person des Beklagten darlegen und beweisen muss, welche auf die Bemessung des Umfanges der Alimente von Einfluss sind (namentlich Ziff. 3. a. und c.). Der Beklagte dagegen mag

einredeweise die Unfähigkeit zur Alimentation (Ziff. 3. c.) und die Unwürdigkeit (Ziff. 3. d.) darthun ¹⁹⁾.

vgl. auch L. 9. agnosc. lib. 25. 3 (Paulus lib. sing. de jure patron.).

5) Ob und unter welchen Voraussetzungen der Ersatz geleisteter Alimente entweder der alimentirten Person gegenüber oder einem vorgehenden beziehungsweise auf gleicher Linie stehenden Alimentationspflichtigen gegenüber verlangt werden kann, ist hier nicht zu erörtern: da die schliessliche Entscheidung durch Gründe hervorgerufen wird, die nicht dem Familien-, sondern dem Vermögensrechte (namentlich dem Institute der negotiorum gestio, theilweise auch der Lehre von der *condictio sine causa*) angehören. An diesem Orte hervorzuheben ist nur etwa: einmal, dass die Alimentation, die von der alimentationspflichtigen Person (Z. 2) unter den in Ziff. 3. b—d. vertretenen Voraussetzungen und nicht über das gesetzliche Mass hinaus (Z. 3. a.) bestritten worden ist, nicht vorschussweise d. h. auf Rückzahlung im Falle künftigen Erwerbes gemacht wird und — abgesehen von besonderen Verträgen, die aber unter Umständen *pacta turpia* und insoferne nichtig sind — nicht vorschussweise gemacht werden kann; und dann, dass auch ausserhalb jener Voraussetzungen bei der Beantwortung der Frage, ob *animo repetendi* oder *animo donandi* geleistet ist, die aus näherer oder entfernterer Verwandtschaft resultirende *pietatis ratio* nicht ausser Acht zu lassen ist ²⁰⁾.

L. 26. § 1; L. 33. neg. gest. 3. 5 (Modestinus lib. 2. Resp. und Paulus lib. 1. Quaest.); L. 50. fam. herc. 10. 2. (Ulp. lib. 6. Opin.); L. 5. § 14. agnosc. lib.; L. 11. und L. 15. C. neg. gest. 2. 19 (Imp. Alexander A. und Imp. Gordianus A.).

19) Ueber die Beweislast vgl. die Ausführungen von Hofmann in der G.Z. XVI, S. 189 f. (unrichtig) und J. Scholz in ders. Z. XVIII, S. 118 ff. (richtig); dazu verschiedene höchstichterliche Erkenntnisse bei Seuffert, Archiv I, 233. und XIV, 43 (Unvermögen des Pflichtigen sei einredeweise zu behaupten); X, 179 (die Bedürftigkeit des Klägers sei von diesem darzuthun). Die Frage, ob die Erörterung der Vermögensverhältnisse in der Executionsinstanz erfolgen könne, ist weder durchaus bejahend noch durchaus verneinend zu beantworten, aber hier nicht zu untersuchen.

20) Die ziemlich reiche Literatur über die im Texte angeregte Frage ist

II. Der Schutz der mit der Lösung der Gewalt hervortretenden Interessen des Kindes.

§ 31. Unmittelbarer Uebergang von Rechten auf das gewesene Hauskind.

Die regelmässige Art und Weise, in welcher das Patrimonium auf die Hauskinder übergeht, ist die erbrechtliche Succession. Allein abgesehen davon, dass solche durch den Willen des Hausvaters in früherer Zeit unbedingt, seit dem Beginne der Kaiserzeit wenigstens bei Vorhandensein besonderer Gründe ausgeschlossen werden kann, leitet sie in immer mehr zunehmendem Masse das Patrimonium nicht ausschliesslich auf die Hauskinder und bewirkt jedenfalls von Anfang an, dass, wenn mehrere Hauskinder vorhanden sind, die einzelnen Rechte und Werthe im Zweifel den sämtlichen Hauskindern zu gleichen Theilen zukommen.

Andere Rechte, welche dem Hausvater um des Hauskindes willen erworben worden sind, gehören nicht zum Vermögen, und erlöschen desswegen, wenn der berechtigte Hausvater stirbt.

Hat nun an der Forterhaltung gewisser Rechte beziehungsweise an der ausschliesslichen Erwerbung gewisser Vermögensobjekte ein Hauskind ein besonderes Interesse, so versucht wohl die Jurisprudenz, indem sie bald an diesen bald an jenen Satz anknüpft, den Uebergang beziehungsweise den ausschliesslichen Uebergang zu rechtfertigen. Diess trifft natürlich blos zu bei solchen Rechten, die ihrer Entstehung und ihrem Gehalte nach für das einzelne Hauskind und nur für solches bestimmt sind — aber auch hier nicht ohne Weiteres, sondern nur

I. bei den actiones, welche schon während der Dauer der Gewalt den Hauskindern *proprio jure* zustehen (vgl. § 27). Quellenmässig ist diess zwar nur für die *actio injuriarum* nachweisbar:

quare sive emancipatus sit sive ex parte heres scriptus fuerit vel etiam exheredatus sive paterna hereditate abstinuerit, execu-

angegeben bei Glück XXVIII, S. 291 fl.; Vangerow, Pandekten Anm. 3. zu § 260; Windscheid § 480. Note 15.

tionem litis ei dandam. (Ulpian. lib. 57 ad Edict. in L. 17. § 22 injuriis vgl. auch § 14 desselben Gesetzes.)

aber aus Gründen, welche bei den anderen in § 27 angeführten Klagerechten in der Hauptsache ebenfalls zutreffen:

esse enim perabsurdum, quem praeter manente patria potestate ad actionem admittendum probaverit, ei patri familias ultionem injuriarum suarum eripi et transferri ad patrem . . . aut quod est indignius, ad heredes patris . . .

Nur bei der actio depositi und commodati (vgl. § 27. II. Ziff. 4) sind nahe liegende Bedenken vorhanden, welche in Ermangelung ausdrücklicher Quellenentscheidung die Verneinung des Ueberganges räthlich erscheinen lassen.

Uebrigens gibt es auch Klagerechte, die erst in der Person des gewesenen Hauskindes zur Entstehung kommen, obgleich das Factum, auf dem sie beruhen, in die Zeit der Gewalt fällt: weil es an dem zum Thatbestand der causa obligatoria erforderlichen rechtlichen Interesse in der Person des Hausvaters gefehlt hat, dieses Interesse aber nach Lösung der Gewalt in der Person des Hauskindes zutrifft. Diess ist von der actio furti ausgesprochen;

L. 59. furtis 47. 2 (Julianus lib. 4 ad Urseium Ferozem)

vgl. dazu oben den § 27. I. 3 und 4.

möchte aber die Annahme rechtfertigen, dass auch sonst, also namentlich bei der actio depositi und commodati, der gewesene Haussohn klageberechtigt ist, wenn in seiner, nicht aber des Hausvaters Person das zur Klaganstellung nöthige Interesse vorliegt ¹⁾.

II. bei denjenigen Rechtsverhältnissen, die in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit als faktische Verhältnisse betrachtet werden.

So bleibt das gewesene Hauskind auch nach der Emancipation und nach dem Tode des Hausvaters socius

L. 58. § 2. L. 65. § 11 pro socio 17. 2 (Ulp. lib. 31 und Paulus lib. 32 ad Edictum)

und Mandatar.

L. 61 mand. 17. 1 (Paulus lib. 2 ad Nerat.)

(vgl. den § 12. III. Ziff. 2). So verbleibt die habitatio,

1) Savigny, System II. S. 140.

quae in facto potius, quam in jure consistit (L. 10. cap. dem. Modestinus lib. 8. Different.)

dem Haussohn, dem sie vermacht war, auch nach der Lösung der Gewalt (vgl. den § 27. II. im Anfange).

Aber freilich hat diess nicht auch den Uebergang derjenigen Forderungsrechte zur Folge, die durante potestate aus jenen Verhältnissen heraus sich entwickelt haben und zu actiones patris familias geworden sind. Dass indessen auch nach dieser Richtung hin die Fortdauer der zu Grunde liegenden Verhältnisse unter Umständen verwerthet werden konnte, zeigen die Entscheidungen, welche die actio mandati contraria auf Grund eines durante potestate gegebenen aber erst nach Lösung der potestas ausgeführten Mandates dem gewesenen Hausvater versagen und dem gewesenen Hauskinde als actio utilis zuweisen.

L. 12. § 6 mandati 17. 1 (Ulp. lib. 31 ad Edict.); L. 47 in fine her. inst. 28. 5 (Africanus lib. 2 Quaest.)

Uebrigens werden ganz ebenso auch andere Fälle behandelt, in welchen die als reale Grundlage des Anspruches erscheinende Vermögensaufopferung Seitens des gewaltfrei gewordenen Hauskindes erfolgt, die formelle causa aber aus der Zeit der Gewalt datirt. So wenigstens die Bürgschaftsstipulation in

L. 47. § 1 fidej. 46. 1 (Papinianus lib. 9. Quaest.) ²⁾
... patri quidem, cui (statt si) non est reus obligatus,
non tenebitur, filio vero humanitatis intuitu obnoxius esse
debet. (vgl. auch L. 132. § 1 V. O.)

III. bei den Rechtswirkungen derjenigen Geschäfte, deren Realisirung ausdrücklich auf die Zeit der Lösung der Gewalt hinausgerückt ist — vorausgesetzt, dass dieses Hinausrücken objektive Gründe für sich hat und nicht auf der Absicht des Hauskindes beruht, dem Gewalthaber den aus dem Geschäfte resultirenden Vortheil zu entziehen.

Diess spricht generell aus

L. 40 stip. serv. 45. 3 (Pomponius lib. 33 ad Quintum Mucium).

²⁾ Ueber die im Texte berührten Stellen enthält Cujacius, Op. Omn. IV, 228 ff. vgl. auch I, 1264. eine ausführliche Erörterung.

... idemque est, si filius familias contrahat: namque etiam quod in emancipationis suae tempus contulerit, nobis debetur, si tamen dolo malo id fecerit.

Die entscheidenden Schlussworte aber — bei denen an sich die Vermuthung einer Interpolation nicht ferne liegen würde — werden bestätigt durch die oben angeführte Stelle von Africanus, welche die Klage aus einem vom Haussohne abgeschlossenen, nach der Zeit der Gewalt zu realisirenden Mandate (et restitutum patri-familias facto) unter ausdrücklicher Rücksichtnahme darauf dem gewesenen Hauskinde zuschreibt: dass die Zuweisung der Klage an den Vater der bona fides nicht entsprechen würde.

.. quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit (L. 47 cit.).

Zugleich illustriert diese Stelle den dolus malus der L. 40 näher: denn wenn er in der L. 47 fehlt, weil der Dritte, von dem die Werthe herrühren, solche nicht dem Hausvater zukommen lassen will, so wird in der L. 40 cit. der dolus malus gerade darin liegen, dass der filiusfamilias ohne solche rechtfertigende Grundlage den Erwerb des Hausvaters beseitigen will ³⁾).

In ähnlicher Weise, wie in den unter I.—III. zusammengestellten Fällen, versucht Celsus

L. 6 collat. 37. 6 (Celsus lib. 10 Dig.)

das Klagerecht des Hausvaters auf Rückgabe der der Enkelin bestellten dos profecticia dem Vater derselben zuzuweisen

.. ut hoc saltem habeat ex paternis, quod propter illum datum est.

und beseitigt hiedurch die ältere streng rechtliche Ansicht von Servius und Labeo, die ein Klagerecht des in der Mitte stehenden Vaters verneinen.

quia non potest videri ab eo profecta. (L. 79. pr. jure dotium

23. 3. Labeo lib. 6 Poster. a Javol. epitom.)

Da indessen der eigentliche Entscheidungsgrund in Bestimmung und Wesen der dos und speziell der dos profecticia liegt, kann die Entscheidung zur Ableitung einer generelleren Regel nicht benutzt werden ⁴⁾).

³⁾ Cujacius, Op. Omn. IV, 428 fl.

⁴⁾ Cujac. Op. Omn. VIII, 99; Bechmann, Dotalrecht S. 427 fl.;

§ 32. Vermittelter Uebergang von Rechten auf das gewesene Hauskind.

In den Fällen des vorigen Paragraphen gehen einzelne Rechte mit der Lösung der Gewalt auf das gewesene Hauskind über — unabhängig von der Erbfolge, und unvermittelt durch die Annahme eines *durante potestate* zwischen Hausvater und Hauskind bestehenden Rechtsverhältnisses, beziehungsweise wirksamen Rechtsgeschäftes.

In anderen Fällen ist ein solcher Uebergang nur möglich, wenn und weil schon während dauernder Gewalt — im Widerspruch mit dem im § 20 ausgeführten Grundsatz — ein Rechtsverhältniss zwischen Hausvater und Hauskind anerkannt, beziehungsweise einem Rechtsgeschäfte zwischen diesen Personen rechtliche Bedeutung zugemessen wird.

Ein solcher vermittelter Uebergang findet Statt:

I. wenn der Hausvater den betreffenden Werth durch letztwillige Verfügung eines Dritten erhalten und dieser Dritte den vollständigen oder theilweisen Uebergang des Werthes auf das Hauskind angeordnet hat.

Ob ein Legat, hinterlassen dem Hauskinde zu Lasten des Hausvaters, möglich sei, war unter der vorclassischen und classischen Jurisprudenz bestritten, und es ist interessant, dass nach Gajus II. 244 die vorclassische Jurisprudenz an solchem keinen Anstand nimmt, und dasselbe wirksam werden lässt, sobald am dies *cedens* die Gewalt gelöst ist; dass dagegen die classische Jurisprudenz das Legat für ungültig erklärt — die Sabinianer (*Sabinus et Cassius*) wenigstens wenn es unbedingt hinterlassen wird; die Proculejaner (*diversae scholae auctores*) unbedingt. Der Grund der verschiedenen Behandlung ist wohl, dass zu den Zeiten des Servius die *regula Catoniana* nach der hier fraglichen Richtung hin noch keine selbstständige Bedeutung beansprucht; dass späterhin ein solcher Einfluss eintritt; dass aber die Proculejaner sich nicht begnügen, die Regel einfach ihrem Wortlaute nach zur Anwendung zu bringen, sondern auf den eigentlichen Ungültigkeitsgrund zurückgreifen und von ihm aus auf die Unvereinbarkeit auch des beding-

Czyhlarz, Dotalrecht S. 316 fl. Wenn Letzterer der Entscheidung der L. 79. cit. den Vorzug geben will, verkennt er sicherlich den Entwicklungsgang.

ten Legates mit dem das Familiengüterrecht bestimmenden Prinzipie (vgl. § 20) constatiren zu müssen glauben:

quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione quam pure debere possumus.

Uebrigens ist, wie nach Ulp. XXIV. 23 und § 32 J. leg. 2. 20 angenommen werden darf, die sabinianische Meinung schliesslich durchgedrungen: so dass also dem *filiusfamilias* bedingt a patre legirt werden kann und das Legat rechtliche Wirksamkeit zu entfalten vermag, sobald am dies cedens die Gewalt gelöst ist ¹⁾.

Fideicommisses, auferlegt dem Hausvater zu Gunsten des Hauskinde, unterliegen den Bedenken nicht, welche gegen die Gültigkeit der Legate sprechen: insoferne richtiger Ansicht nach die *regula Catoniana* bei solchen in classischer Zeit keine Anwendung beansprucht. Nur muss auch bei ihnen die väterliche Gewalt in dem Zeitpunkte gelöst sein, in welchem das Fideicommiss in Wirksamkeit treten soll.

Deshalb sind die dem Hauskinde zu Besten des Hausvaters zugedachten Fideicommisses in den Quellen regelmässig als bedingte Fideicommisses aufgeführt und zwar als bedingt durch die Erlangung der Gewaltfreiheit (*si in potestate sua esse desisset*); ja wird selbst angeordnet, dass diese Bedingung, wo sie fehle, subintelligirt werden solle,

..videri in id tempus dari, quo capere potest, id est sui juris fiat.

und wird hiedurch dem Fideicommisses alle vom Testator gewollte und an sich mögliche Wirksamkeit verschafft ²⁾.

L. 17. § 11. und 12., L. 20. pr., L. 52. ad S. C. Treb. 36.

1. (Ulp. lib. 4. Fideicomm.; Paul. lib. 3. ad Sab.; Papinian. lib. 11. Quaest.); L. 7. ut legat. 36. 3. (Paulus lib. 2. Manual.); L. 11. leg. I. (Papin. lib. 9. Quaest.).

Eine solche Vermächtnissverfügung nun (ein *legatum conditionale*, ein Fideicommiss) hat an dem mit oder nach Lösung der Gewalt

1) Arndts im Rhein. Museum V, S. 220 fl. und im Commentar XLVI, S. 442 fl.; von Crailsheim im civ. Archiv XLVII, S. 392 fl., welcher letzterer übrigens die Quellenbestimmung in unzulässiger Weise aus der angeblichen *ratio legis* einengt.

2) Chiffletius in Otto Thesaur. V, 589 sq.

eintretenden dies cedens alle Wirkungen einer gültigen Vermächtnissverfügung, und verschafft so schliesslich dem gewesenen Hauskinde einen zu dem Patrimonium des Gewalthabers gehörenden Werth unabhängig von der Erbfolge in dieses Vermögen. Diess aber ist nur möglich, indem schon während Dauer der Gewalt die Verfügung als wenigstens möglicher Weise wirksam anerkannt wird. Insoferne wird der Uebergang des betreffenden Werthes vermittelt durch die Annahme einer schon durante potestate bestehenden Belastung des Gewalthabers zu Gunsten der gewaltunterworfenen Person.

Aber freilich hat diese Belastung ante diem cedentem keineswegs die Entstehung eines Rechtes für den Vermächtnissnehmer zur Folge — eines Rechtes, das auf den Gewalthaber übergehen müsste, also zwischen Gewalthaber und gewaltunterworfenen Person nicht bestehen könnte. Und am dies cedens muss die Gewalt gelöst sein, wenn die Vermächtnissverfügung Wirksamkeit haben soll. Insoferne liegt also ein direkter Widerspruch mit dem das Familiengüterrecht bestimmenden Prinzipie nicht vor, und erklärt sich, dass schon die ältere Jurisprudenz — mit Ausnahme der Proculejaner, welche tiefer gingen und so den in Wirklichkeit vorhandenen Widerspruch aufdeckten, wenn auch nach Gajus (II. 244) nicht richtig formulirten — Vermächtnissverfügungen der angeführten Art zugelassen hat.

Dass sie hiebei das Prinzip wahren zu können glaubte, zeigt sich auch darin, dass nach ausdrücklichem und wiederholtem Aussprüche der Quellen die Cautionen, welche sonst bei bedingten und betagten Vermächtnissen zu leisten sind, hier nicht verlangt, ja nicht geleistet werden können.

L. 52. cit. . . quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate . . . vgl. auch L. 7. cit.

Die effektive Belastung aber, und hiemit der effektive Widerspruch mit jenem Prinzipie, tritt unter Anderem darin hervor, dass der Hausvater durante potestate gezwungen wird, die Erbschaft, die er dem Kind als Universalfideicommiss restituiren soll, anzutreten — gerade wie wenn ein extraneus Fideicommissar wäre;

L. 17. §§ 11. und 12. l. c.: et non est dubium patrem a filio per praetorem cogi posse..

und dass er sogar, diess allerdings nur in Folge Eingreifens von

Kaiserrescripten, zur Abtretung vor Lösung der Gewalt genöthigt werden kann, wenn die Erhaltung des Fideicommisses für den Fideicommissar diess zu erfordern scheint.

L. 52. cit.: restitui hereditatem filio jussit (Imperator Hadrianus).

In der letzteren Bestimmung, vielleicht auch in der ersteren, macht sich übrigens schon eine Rückwirkung der Zulassung rechtlichen Sohnesvermögens (*peculium castrense*) geltend, und sind desshalb die betreffenden Fragmente in Buch IV. und V. nochmals in Betracht zu ziehen — namentlich zur Beantwortung der Frage, wie sich nach erzwungener Erbschaftsantretung, beziehungsweise nach der Restitution der Erbschaft das Rechtsverhältniss an dem Nachlasse gestalte ³⁾).

II. bei Schenkungen des Hausvaters an das Hauskind.

Solche Schenkungen ⁴⁾ sind nach dem den Erwerb des Hausvaters durch das Hauskind bestimmenden Prinzipie (§ 20.) nichtig — wie diess nicht bloß Stellen aus der früheren classischen Zeit,

L. 2. § 2. *pro hered.* 41. 5. (Julianus lib. 44. Digest. unter Berufung auf Servius), L. 4. *pro donato* 41. 6. (Pomponius lib. 32. ad Sab.)

sondern auch aus der Zeit der Severi (sicher noch vom Jahre 210) klar und bestimmt aussprechen.

Vat. fragm. §§ 294.—296. (Papinianus lib. 12. Resp. und Impp. Severus et Antoninus, A.A. Atilio Natali militi);
L. 1. § 1. *pr. donato* 41. 6. (Paulus lib. 54. ad Edict.)

3) Vorläufig sind über diese Frage zu vergleichen Fitting, das *Castrense Peculium* p. 404 fl. und die bei ihm (namentlich Note 3 und 5) angeführten Schriftsteller.

4) Die *donatio inter patrem et filium* wird gründlich erörtert bei von der Pfordten, Abhandlungen S. 187—204, woselbst (in Note f auf S. 187) auch die ältere Literatur angegeben ist, übrigens keineswegs vollständig (vgl. z. B. A. Faber, Jurispr. Papin. p. 180; Phil. Paschalis de viribus pat. pot. p. 74 fl.). Diese *donatio* wird ferner gelegentlich anderer Erörterungen besprochen bei Francke, civ. Abhandlungen S. 228 fl.; Fein, das Recht der Collation S. 124 fl.; Dietzel in Bekkers Jahrb. III, S. 68 fl.; Bremer im civ. Archiv LI, S. 197 fl. Sie wird endlich in den Lehrbüchern wenigstens berührt: Vangerow, Anm. zu § 515 (S. 383. unten); Sintenis § 141. Note 67; Windscheid § 516. bei und in Note 17; Brinz S. 1202.

Sie sind selbst noch in entschiedenerem Masse nichtig, als die sonstigen Erwerbsgeschäfte zwischen Hauskind und Hausvater: denn die Gründe, welche aus solchen Geschäften unter gewissen Voraussetzungen Naturalschulden des Hausvaters hervorgehen lassen (vgl. § 20. Ziff. 4. und folg.), können bei Schenkungen des Hausvaters an das Hauskind nicht zutreffen ⁵⁾.

Indessen ist doch von der Zeit der Severe an das Bestreben unverkennbar, die durch den Hausvater dem Hauskinde geschenkten Werthe, wenn der Schenkungswille bei Lösung der Gewalt noch vorhanden ist beziehungsweise noch als vorhanden angenommen werden kann, in das Vermögen des gewesenen Hauskindes übergehen, also durch das Schenkungsgeschäft den Erwerb derselben für das Hauskind vermitteln zu lassen.

Bei der Lösung der Gewalt durch Emancipation dient hiezu die Annahme, dass der Schenkungsakt im Augenblicke der Emancipation zum Abschlusse gebracht, also dem emancipirten Kinde geschenkt werde — eine Annahme, die selbstverständlich voraussetzt, dass kein während der potestas oder bei deren Lösung eintretendes Ereigniss den Wegfall des Schenkungswillens constatirt.

L. 31. § 2. donat. 39. 5. (Papinianus lib. 12. Resp. vgl. auch Vat. fragm. § 256); L. 17. C. don. 8. 54. (Impp. Dioclet. et Maxim. A.A. Hermiae).

Da sich übrigens diese Annahme in Zusammenhang mit der regelmässigen Belassung des Peculium ausgebildet hat (vgl. auch L. 31. § 2. cit.) und nur unter Beachtung dieses Zusammenhanges die sich aufdrängenden Einzelfragen beantwortet werden können, mag das Nähere auf das zweite Buch ausgesetzt bleiben.

Bei der Lösung der Gewalt durch den Tod des Gewalthabers lässt dieser Anknüpfungspunkt im Stiche; denn das Peculium des Hauskindes bleibt bis zuletzt und allein den Fall des Vermächtnisses ausgenommen Bestandtheil des väterlichen Nachlasses. Allein dessenungeachtet findet sich entweder schon unter den Severen — wenn

Paulus Rec. Sent. V. 11. § 3.: Pater si filio familias ali-

⁵⁾ So im Resultate auch von der Pfordten, a. a. O. S. 188. und Sintenis, a. a. O.

quid donaverit et in ea voluntate perseverans decesserit,
morte patris donatio convalescit.

nicht bei der Aufnahme in das westgothische Gesetzbuch interpolirt worden ist — oder spätestens unter Valerianus und Gallienus der Satz anerkannt: dass die donatio inter patrem et filium im Falle Vorabsterbens des nicht widerrufenden Schenkers eine gewisse Gültigkeit beanspruchen könne.

L. 2. C. inoff. don. 3. 29. und L. 2. C. Greg. fam. herc. 3.

6. (Imp. Valerianus et Gallienus A.A. 256 u. 260.)

Und zwar anerkannt in Folge nicht der Thätigkeit der Jurisprudenz sondern des Erlasses kaiserlicher Constitutionen, die älter als die Rescripte von Valerianus und Gallienus (indubitati juris est in L. 2. C. cit.) sein müssen ⁶⁾.

Vat. fragm. §§ 277, 278, 281. (Imp. Diocletianus et Constantius — 286.);

L. 18. C. fam. herc. 3. 36. (Imp. Dioclet. et Maximianus — 286.)

Vat. fragm. § 274. (Dom. Constantius 315.)

Es liegt hiebei die Annahme nahe, dass das ungefähr derselben Zeit (206.) angehörnde Senatusconsult, das die donationes inter virum et uxorem convalescirbar gemacht hat (L. 32. § 1. don. int. vir. 24. 1.), die Veranlassung abgegeben habe ⁷⁾: denn der Gedanke, welcher den beiden Sätzen zu Grunde liegt, ist der gleiche; die Worte, in welchen solcher zum Ausdrucke kommt, treffen sich im Allgemeinen ebenfalls; und dass Papinian in Vat. fragm. § 294. die Uebertragung des im Senatusconsulte ausgesprochenen Grundsatzes auf die donationes inter filium et patrem ausdrücklich ablehnen zu müssen glaubt, zeigt, wie bald in dieser Beziehung die Analogie sich geltend zu machen suchte. Aber sicher ist die Anknüpfung denn doch nicht — und wäre es auch nur desswegen, weil es

6) Bei der mehrfachen und zweifellosen Constatirung des Satzes für die Diocletianische Zeit kann L. 18. C. collat. 6. 20. (Imp. Diocletianus et Maxim. A. A. Antistiae) solchen höchstens für die justinianische, nicht für die Zeit Diocletians zweifelhaft machen. Indessen ist die Entscheidung der Stelle wohl auch für die diocletianische Zeit adoptirbar (vgl. im Texte Ziff. 3 und 4).

7) Windscheid, a. a. O. Note 17.

nicht die Jurisprudenz, sondern die Kaisergesetzgebung ist, die den neuen Satz einführt. Ueberdiess ist in einer der diocletianischen Constitutionen ausdrücklich die *donatio mortis causa*, nicht die *donatio inter virum et uxorem* als Vorbild und Anknüpfungspunkt angegeben;

Vat. fragm. § 274. ... *ad instar mortis causa donationis* ... und ist in Beziehung auf den Durchführungsmodus eine Differenz vorhanden (vgl. unten Ziff. 3.), die wenigstens die einfache Herübernahme der Bestimmung des *Senatusconsultes* auf die *donatio inter patrem et filium* als unwahrscheinlich erscheinen lässt.

Wie dem übrigens auch sei: dass das römische Recht die *donatio inter patrem et filium* seit der Anerkennung ihrer *Convalescirbarkeit* als eine Art von *mortis causa donatio* betrachtet wissen will, sollte nicht beanstandet werden ⁸⁾.

Dafür spricht einmal, dass die *donatio inter virum et uxorem* selbst, seitdem sie *convalescirbar* geworden ist, richtiger Ansicht nach die grösste Aehnlichkeit mit der *m. c. donatio* hat, beziehungsweise von der Jurisprudenz unter diesen Gesichtspunkt gerückt wird. Dann die ausdrückliche Bestimmung der angeführten Constitution Diocletians (Vat. fragm. § 274.) und die aus solcher gezogene Folgerung, welche in der Unterwerfung unter die *Lex Falcidia* besteht.

Vat. fragm. § 281; auch L. 2. C. inoff. don. 3. 29.

Endlich dass die möglichen Einwendungen gegen den Anschluss

8) So von der Pfordten, a. a. O. S. 198 fl. — doch unter zu absoluter Gleichstellung mit den regelmässigen *m. c. donationes*; so ferner wohl alle Schriftsteller, welche den Gesichtspunkt der *donatio mortis causa* bei den *donationes inter virum et uxorem* in den Vordergrund stellen, wie namentlich Savigny, System IV, S. 181 fl. Anders in erster Linie für die letzt angeführten, dann aber auch für die hier in Frage stehenden Schenkungen Bremer, a. a. O. S. 192 fl. Indessen ist das Hauptargument Bremers — die *m. c. donatio* sei eine von Anfang an gültige Schenkung, die *don. inter virum et uxorem* beziehungsweise *inter patrem et filium* dagegen zunächst ungültig — trügerisch, wie die Zulässigkeit und Behandlung der *m. c. donationes inter virum et uxorem* zeigt. Während Bremer in Folge seiner Bedenken gegen die Anlehnung an die *m. c. donatio* die Analogie der Vermächtnisse anzieht (S. 202 f.), geben andere Schriftsteller den Charakter des *negotium mortis causa* ganz auf. Da diess aber im Zusammenhange mit der justinianischen Aenderung in L. 25. C. don. int. vir. et ux. (so z. B. von der Pfordten selbst a. a. O. S. 200 fl.) geschieht, so ist hierauf noch nicht hier, sondern erst im sechsten Buche einzugehen.

an die *mortis causa donatio* unstichhaltig sind. Allerdings sind aller Wahrscheinlichkeit die *mortis causa donationes* zwischen Hausvater und Hauskind selbst von der Ungültigkeit der *negotia inter patrem et filium* (§ 20.) ergriffen worden und hat sich vor den in Frage stehenden Constitutionen die Natur derselben als Verfügungen über den Nachlass nicht soweit geltend gemacht, dass sie für zulässig erachtet worden wären: allein § 274. der *Fragm. Vat.* weist auch nicht auf die *donatio m. c. inter patrem et filium* hin, sondern überhaupt auf die *m. c. donatio*. Allerdings entfaltet ferner die *m. c. donatio* für gewöhnlich mit ihrem Abschlusse gewisse Rechtswirkungen, und können diese Rechtswirkungen — namentlich Eigenthumsübergang, dann aber auch Entstehung der *Obligatio* etc. — unter den durch Gewalt verbundenen Personen nicht eintreten: allein diess ist auch unter den Ehegatten, die doch unbedenklich *mortis causa* sich schenken können, der Fall — wie bezüglich des Eigenthumsüberganges ausdrücklich ausgesprochen ist,

L. 11. *pr. don. int. vir. et ux.* 24. 1. (*Ulp. lib. 32. ad Sabinum*)

und bezüglich des obligatorischen Bandes sowohl nach der *ratio* der eben angeführten Entscheidung, als nach Auskunft der Bestimmung über die Behandlung der Schenkungsstipulation bei Zusammenfallen der Schenkung

L. 52. § 1. *don. int. vir. et ux.* 24. 1. (*Papinian. lib. 10. Quaest.*)

unbedenklich angenommen werden kann. Und wenn behauptet wird, dass die *Convalescenz* zwar bei Schenkungen auf den Todesfall, aber nicht bei den in Frage stehenden Schenkungen rückwirkende Kraft habe beziehungsweise vor Justinian gehabt habe: so ist einmal letzteres nicht erwiesen und namentlich durch die Schlussworte der L. 25. *C. don. int. vir. et ux.* 5. 16. nicht erweisbar (vgl. zu solchen: L. 11. *don. int. vir. et ux.* 24. 1. und Savigny a. a. O. S. 248. Note r); und ist weiterhin die Rückwirkung auch bei der *mortis causa donatio* nicht ausnahmslose Regel.

Ist hienach die Auffassung der *donatio inter patrem et filium* als einer der *mortis causa donatio* sich anschliessenden Schenkung gerechtfertigt, so ist doch nicht unmöglich, dass im Einzelnen einer Seits die näher liegende Analogie der *donatio inter virum et uxorem*

berücksichtigt wird und anderer Seits gewisse für die m. c. donatio geltenden Sätze nicht angewendet werden — namentlich solche, die eine von Anfang an gültige Verfügung voraussetzen.

Unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Gesichtspunkte ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

1) Die Schenkung hat zunächst keine Rechtswirkung — auch nicht wenn sie thatsächlich vollzogen worden ist. Also weder Eigenthumsübergang, noch Entstehung eines bedingten Forderungsrechtes auf Uebertragung u. s. f.

Vat. fragm. § 274. (Dom. Constantinus et Caesares:)

Licet in potestate filius degens donationum effectum a patre sibi conlatarum mox consequi minime posse videatur...

L. 2. C. Gregor. fam. herc. 3. 6. (Impp. Valerianus et Gallienus A.A. Antonio Petito) jure quidem non subsistere donationem ...

Besonderer Rechtsmittel zur Durchführung dieser Nichtigkeit bedarf es zunächst nicht. Während Dauer der Gewalt können sie freilich nothwendig werden; ist diess der Fall, so ist die analoge Anwendung der in dieser Beziehung bei den donationes inter virum et uxorem gegebenen Bestimmungen gerechtfertigt ⁹⁾).

2) Die Schenkung convalescirt durch das Vorabsterben des schenkenden und nicht widerrufenden Gewalthabers:

si in eodem judicio perseverans in fatum concesserit .. (Vat. fragm. § 281.)

si in extremum fati diem pater eadem animi destinatione duravit .. (L. 2. C. Greg. cit.)

Die Voraussetzungen dieser Convalescenz sind näher folgende:

a) es muss eine Schenkung vorliegen, d. h. ein Akt, der unter anderen Personen ein gültiges und wirksames Schenkungsgeschäft wäre.

Auf die sonstige Natur des Geschäftes kommt es lediglich nicht an — auch nicht darauf, ob durch Vertrag oder auf andere Weise geschenkt worden ist; und ebensowenig darauf, ob das Geschäft thatsächlich realisirt worden ist.

Freilich scheinen für die Nothwendigkeit der Realisirung

9) Savigny, System IV, S. 175 ff.

einmal die Bestimmungen der Lex Cincia und dann ein Ausdruck in einer hieher bezüglichen Stelle zu sprechen. Allein eine Erfüllung, wie sie die Lex Cincia voraussetzt, und wie sie keineswegs bloß in der thatsächlichen, sondern in der thatsächlichen und rechtlichen Realisirung bestanden hätte, ist unter den durch die gleiche Gewalt verbundenen Personen unmöglich; die Ausdrucksweise von Vat. fragm. § 278. Cum adfirmes patrem tuum donationes perfectas in te contulisse...

aber ist einmal, da es sich um das Factum einer Rescriptsentscheidung handelt, nicht von durchschlagender Bedeutung, und weiterhin mehr als aufgewogen durch die Stellen, welche eine genügende Schenkung annehmen, sobald der Vater eine Sache donandi animo im Namen des Kindes kauft.

L. 18. C. cit. (3. 36): Filiae, cujus pater nomine res comparavit...quem nomine tuo quaedam comparasse dicis...

L. 2. C. Greg. cit. (3. 6.) Si domum.. pater tuus.. nomine tuo donandi animo comparavit....

Auch die Zusecheidung aus dem väterlichen Nachlasse, die mehrfach als regelmässige Ausführungsmassregel angeführt wird (vgl. unten Z. 3.), spricht gegen das Verlangen der vorausgehenden faktischen Realisirung der Schenkung.

In Uebereinstimmung hiemit ist die connexe, aber mit der so eben beantworteten nicht zusammenfallende Frage, ob auch Schenkungsverträge convalesciren können, richtiger Ansicht nach zu bejahen. Das direkte Material, das die Quellen bieten, besteht im Wesentlichen in den soeben angeführten Aeusserungen, die offensichtlich eher für als gegen die Convalescenz von Schenkungsversprechen ins Gewicht fallen, und ausserdem in einem diocletianischen Rescripte (Vat. fragm. § 281.), welches dieses Resultat verstärkt. Denn die Schenkung, welche der Vater per epistolam macht, und deren Gegenstand die erbenden Brüder in Händen haben (eatenus ex donatione fratres tui deducunt), ist wohl nicht anders zu denken, denn als die schriftliche Zusage der Schenkung gewisser bei dem Vater befindlicher Gegenstände. Liegt insoferne kaum irgend eine direkte Veranlassung zu Zweifeln vor, so verhält sich die Sache zunächst nicht ganz ebenso, wenn auf die Analogie der donationes inter virum et uxorem recurriert wird. Denn hier kann

die Frage über die Convalescenz der Schenkungsverträge keineswegs als zweifellos betrachtet werden, wenn sie auch richtiger Ansicht nach nicht minder zu bejahen ist, als bei der *donatio inter patrem et filium*. Für diese Aufstellung kann auf die ausführliche Vertretung durch Savigny¹⁰⁾ verwiesen und mag nur Folgendes angefügt werden. Die entgegengesetzte Ansicht hätte sich wohl nie gebildet, wenn nicht einmal die L. 23. *don. int. vir. et ux.* 24. 1. vorhanden wäre, und wenn nicht weiterhin die Schlussfolgerung aus dem Stillschweigen auf die *perseverantia voluntatis* überall ungerechtfertigt zu sein schiene, wo die Schenkung keine rechtliche oder faktische Realisirung gefunden hat. Indessen ist die savigny'sche Erklärung der L. 23. nicht nur zur Noth ausreichend, sondern selbst ohne besondere Nöthigung annehmbar — wenn nur die Wiederholung von *putabat* und weiterhin ins Auge gefasst wird, dass die papinianische Anschauung über die Beschränkung des *Senatusconsultes* auf *rerum donationes* gebilligt und doch ohne Widerspruch die Folgerung bezüglich der *stipulatio* verworfen werden konnte. Der zweite Hauptgrund aber möchte einer Seits von einer unberechtigten Identifizirung der faktischen Realisirung einer Schenkung mit Schenkung durch Eigenthumsübertragung u. s. f. ausgehen und anderer Seits die römische Anschauung erkenntlich verfehlen. Ersteres wird keines Beweises bedürfen, sobald nicht etwa die Schenkung durch Tradition als der einzige Fall der *rerum donatio* angesehen wird. Die Divergenz des Ausgangspunktes der Argumentation von der römischen Anschauung dagegen ist genügend begründet durch den Hinweis darauf, dass letztere die Forderungsrechte als selbstständige, dem Eigenthumsrechte parallel laufende Vermögenswerthe auffasst — was namentlich die *condictiones stipulationum* beweisen, die ja auch hier anwendbar sind (L. 76. *jure dot.* 23. 3.; L. 52. § 1. *don. int. vir. et ux.* 24. 1.) —; und darauf, dass nur eine Anschauung, die in der Eigenthumsübertragung eine intensivere Vermögens-

10) Savigny, System IV, S. 183 ff. Im Uebrigen ergibt sich der Stand der Controverse aus Vangerow, Anm. 2. zu § 225; Windscheid, § 509. Note 35. und Bremer, a. a. O. S. 175 ff. und 204 ff. Letzterer spricht sich für das vorjustinianische Recht gegen die Convalescenz der Schenkungsversprechen aus — auf Grund des Satzes: *ab heredis persona obligationem incipere non posse*.

änderung sieht, als in der Schuldübernahme, geneigt sein kann, aus der Nichtbeseitigung der rerum donatio, nicht aber aus der Nichtbeseitigung der Schenkungsstipulation auf fortdauernden Schenkungswillen zu schliessen. Sollte übrigens in Beziehung auf die donatio inter virum et uxorem je anders entschieden werden müssen, so würde immerhin noch fraglich sein, ob für die donatio inter patrem et filium nicht die direkte Analogie der mortis causa donatio massgebend wäre, die unzweifelhaft auch durch Vertrag abgeschlossen werden kann (L. 34. L. 35. § 7. m. c. don. 39. 6.) und wäre diese Frage mit Rücksicht auf Vat. fragm. § 294. wohl zu bejahen ¹¹⁾).

b) Ob die Schenkung, wenn sie convalesciren soll, alle Voraussetzungen einer wirksamen Schenkung an sich tragen, also namentlich in derjenigen Form vorgenommen sein muss, die allein eine Schenkung unter sich fremden Personen als gültig erscheinen lässt, konnte nach dem classischen Rechte nicht wohl streitig sein. Denn die Form der Lex Cincia — die völlige rechtliche und faktische Realisirung der Schenkung — ist im Verhältnisse des Hausvaters zum Hauskinde nicht erfüllbar, kann also auch nicht verlangt worden sein. (vgl. auch unter lit. a.)

Wie es sich mit der später vorgeschriebenen Form — der gerichtlichen Insinuation — verhält, ist in

L. 25. C. don. int. vir. et ux. 5. 16 (Imp. Justinian. A. Mennae P. P.)

bestimmt, und zwar dahin, dass die Form allerdings beobachtet sein muss, wenn die Schenkung als Schenkung convalesciren soll. Indessen ist mehr als zweifelhaft, dass diess seit der Entstehung dieser Form so angesehen worden ist.

c) Die Schenkung kann nur convalesciren, wenn der Hausvater vor dem beschenkten Hauskinde stirbt und zwar ohne dass die Gewalt vor dem Tode aufgelöst worden wäre.

Vat. fragm. § 277. . . scilicet manente potestate.. vgl. auch

L. 2. C. inoff. don. 3. 29.

d) Die Convalescenz tritt ein, wenn sich annehmen lässt, dass

11) A. M. mit spezieller Beziehung auf die Schenkungen unter Hausvater und Hauskind von der Pfordten, a. a. O. S. 199.

der Hausvater den Schenkungswillen bis zu seinem Tode festgehalten hat.

Vat. fragm. § 274. ...perseverantia voluntatis..

Vat. fragm. § 281. ...si in eodem iudicio perseverans in fatum concesserit...

L. 2. C. Greg. fam. herc. 3. 6. .. si in extremum fati diem pater eadem animi destinatione duravit ..

Die Annahme kann gerechtfertigt sein durch ausdrückliche oder stillschweigende Bestätigung im letzten Willen,

Vat. fragm. § 277 und 278. vgl. auch L. 25. C. cit.;

ist aber auch schon dann gerechtfertigt, wenn seit der Schenkung weder ein ausdrücklicher noch stillschweigender Widerruf erfolgt ist.

Vat. fragm. § 281. ..non revocata liberalitate nec mutata voluntate.

L. 18. C. fam. herc. 3. 36. .. si non postea contrarium ejus iudicium probetur...

Dass und wann ein stillschweigender Widerruf anzunehmen ist, und dass und wie der einmal ausgesprochene Widerruf wieder beseitigt werden kann, bestimmt sich nach Analogie der für die donatio inter virum et uxorem gegebenen Normen (L. 32. § 2 fl. donat. int. vir. et ux. 24. 1; L. 12. C. e. t. 5. 16)¹²⁾.

3) Wenn die unter Ziff. 2. besprochenen Voraussetzungen zutreffen, soll die Schenkung durch den Theilungsrichter (arbitrarius familiae erciscundae) realisirt werden, wie wenn sie eine gültige Schenkung wäre, d. h. er soll den geschenkten Werth dem beschenkten Kinde als Voraus zuweisen (praecipuas adjudicare res)¹³⁾.

Diess, nicht der Eintritt einer eigentlichen Convalescenz, ist nach den Quellen die Art und Weise, in welcher der Schenkungswille zur Geltung gebracht wird. Wenigstens verweisen solche überall, wo sie die Durchführungsweise erwähnen, auf das Officium des Theilungsrichters;

L. 18. C. fam. herc. 3. 36; vgl. mit L. 2. C. inoff. don. 3. 29 und Vat. fragm. § 281.

12) Savigny, System IV, S. 183.

13) A. M. von der Pfordten, a. a. O. S. 196 fl.; richtig dagegen Francke, Abhandlungen S. 234 fl.; auch Fein, das Recht der Collation, S. 125.

heben weiterhin in einer Stelle ausdrücklich hervor, dass eine solche Schenkung eines *alienum adminiculum* bedürfe (L. 2. C. cit.), d. h. doch wohl der Durchführung durch den Theilungsrichter; und charakterisiren in einer anderen Stelle (L. 18. C. cit.) die Thätigkeit des Arbiters als *praecipuas adjuicare (res)*, d. h. als Zuweisen der Objekte mit der Wirkung der Eigenthumsübertragung. Von den bezeichnenden Folgen eigentlicher *Connalescenz* aber — dass das Eigenthum von Rechtswegen mit dem Tode des Schenkers dem Beschenkten erworben würde, von diesem die Sache ohne Weiteres vindicirt werden könnte u. s. f. — ist bis auf die L. 25. C. don. int. vir. et ux. 5. 16. nirgends die Rede.

Dass die Kaiser diesen Ausweg ergriffen haben, ist leicht zu erklären: wird doch in der bei weitem grössten Anzahl aller Fälle die Sachlage so sein, dass das beschenkte Kind auch Erbsinteressent ist, und die Frage nach Gültigkeit und Wirksamkeit der Schenkung bei der Auseinandersetzung des Nachlasses entsteht; und musste doch weiterhin die freie und befugnissreiche Stellung des Theilrichters die Durchführung des dem bisherigen Rechte fremden Gedankens wesentlich erleichtern. Auch ist die gleiche Behandlungsweise in anderen ähnlichen Fällen unbedenklich in's Werk gesetzt worden (vgl. den § 33. II. 1. a.).

Inwieweit ist nun aber dieser Gesichtspunkt durchgeführt, beziehungsweise beibehalten worden?

a) Dass das beschenkte Hauskind nicht *ipso jure* mit dem Tode des Hausvaters den geschenkten Werth in sein Vermögen bekommt, macht sich in der Bestimmung geltend, dass das beschenkte Kind, wenn es mit einem emanzipirten Kinde zusammen erbt, die Schenkung nicht als Voraus (*praecipuum*) in Anspruch nehmen kann. Diess besagt die viel besprochene

L. 13. C. coll. 6. 20 (Impp. Diocletianus et Maxim. AA. et CC. Antistiae): Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesiisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum praecipuum habere contra jura postulas. (294)

denn sie enthält unzweifelhaft den Satz, dass eine Schenkung des Hausvaters an das Hauskind bei dem Vorabsterben des Ersteren

keinen Anspruch auf ein *praecipuum* gebe. In dieser Allgemeinheit würde nun der Satz in direktem Widerspruche mit mehreren Stellen aus gleicher und früherer Zeit stehen (vgl. oben auf S. 276). Es muss sich also, da einer Seits eine Aenderung des Rescriptes bei der Aufnahme in den *Codex Justinianus* nicht nachweisbar ist und anderer Seits eine spätere Verderbung des Textes bei der Uebereinstimmung der Basiliken und Basilikenscholien (*Bas. XLI. 7. c. 28*) nicht angenommen werden kann, darum handeln, den anscheinend allgemeinen Satz so zu beschränken, dass der prinzipielle Widerspruch beseitigt wird. Hier aber liegt die Erwägung nahe genug, dass es den Kaisern unbillig erscheinen musste, bei Concurrenz von emancipirten Kindern und *sui heredes* den ersteren die Collation ihres ganzen Vermögens aufzuerlegen; den letzteren dagegen einen Anspruch auf einen Voraus einzuräumen — für die ersteren also die wirklich vorhandene Vermögensfähigkeit wegzustreichen, für die letzteren dagegen bei einer und derselben Theilung eine nicht vorhanden gewesene Erwerbsfähigkeit zu schaffen. Das Rescript belässt es deshalb in diesem Falle bei Dem, was die Rechtsconsequenz fordert, und gestattet nicht, dass gegen die Rechtsconsequenz (*contra jura*) auf den Willen des Hausvaters Rücksicht genommen wird.

So anomal dieses Vorgehen wäre, wenn ein fester Rechtssatz eigentliche Convalescenz der Schenkung anordnete: so wenig auffallend ist solches, wenn es sich bei dieser sogenannten Convalescenz nur um die ausserordentliche Durchführung eines Gedankens handelt, der gerade im Gegensatze zu dem formellen Rechte die materielle Bestimmung gewisser Nachlassbestandtheile betont.

Dagegen ist allerdings richtig — einmal, dass die Collation der Schenkung, welche auf diese Weise effectiv erzwungen wird, mit dem Charakter derselben als einer *mortis causa donatio* wenig harmonirt; und dann dass die thatsächliche Voraussetzung dieser Erklärung, nämlich die Concurrenz der anfragenden Schwester (*Antistia*) mit einer emancipirten Tochter, aus dem Rescripte nicht erhellt. Allein in der letzteren Beziehung mochten die Compiler durch die Einreihung in den Collationstitel jeden Zweifel beseitigt zu haben glauben. Und in ersterer Beziehung ist wohl zu beachten, dass die *donatio inter patrem et filium* in Wirklichkeit keine letztwillige Verfügung ist, und als solche nur aufgefasst

wird, um einen Anhaltspunkt für die Convalescenz zu gewinnen ¹⁴⁾.

b) Eine selbstverständliche Folgerung aus dem eingenommenen Standpunkte scheint darin zu bestehen, dass nur dasjenige Kind, das bei dem *judicium familiae herciscundae* betheiligt ist, d. h. das miterbt, das Vorabsterben des Schenkers für sich geltend machen könnte. Indessen möchte gerade diese Consequenz erheblichen Bedenken unterliegen — einmal weil keine der Stellen diese wichtige Voraussetzung heraushebt; dann weil sie zu einem entschiedenen Widerspruche mit dem treibenden Gedanken führt; endlich weil in ähnlichen Fällen das römische Recht keinen Anstand nimmt, über die anscheinende Schranke sich wegzusetzen (vgl. namentlich L. 1. § 9. *dote praeleg* 33. 4). Wenn auch nicht voll erweisbar, ist deshalb doch höchst wahrscheinlich, dass auch dem nicht miterbenden Hauskinde die Möglichkeit gegeben war, die geschenkte Sache aus dem Nachlasse des Hausvaters zu bekommen ¹⁵⁾.

Diese Vermuthung wird dadurch noch unterstützt, dass Vat. fragm. § 278. (*seculo animo ea quae donata sunt possidere*) vielleicht auch § 277. (*vim prohibebit*) auf eine andere Art der (vertheidigungsweisen) Geltendmachung hinweisen.

Insoferne scheinen keineswegs alle Consequenzen aus dem eingenommenen Gesichtspunkte gezogen, beziehungsweise die gezogenen Consequenzen theilweise wieder beseitigt worden zu sein.

Doch ist nicht wahrscheinlich, dass schon vor Justinian (L. 25. C. don. int. vir. 5. 16) eigentliche Convalescenz mit von Rechtswegen eintretendem Rechtserwerbe als Folge des Vorabsterbens an-

14) Eine Uebersicht über die verschiedenen Erklärungen der L. 13. C. cit. gibt Fein, das Recht der Collation S. 124 fl.; vgl. ausserdem Dietzel, a. a. O. S. 78. Die eigene Erklärung Feins, der auch Vangerow, Anm. zu § 515. (S. 384 fl.) beitrifft, und die darin besteht, dass die anfragende Tochter als emancipirt und als vor der Emancipation beschenkt angesehen wird, ist deswegen mehr als bedenklich, weil bei ihr die Gegensätze *post mortem patris* und *filiæfamilias constitutæ* sich nicht decken, die letzteren Worte überhaupt zwecklos eingefügt sein würden. Die im Texte vertretene Ansicht stimmt in der Hauptsache überein mit der Erklärung Francke's, civ. Abhandlungen S. 234 fl.

15) So — übrigens noch bestimmter — von der Pfordten, S. 196., während Francke und Fein (a. a. O.) Erbenqualität verlangen.

erkannt worden ist (vgl. die aus Vat. fragm. § 277 und 278. ausgezogenen Worte; L. 2. C. inoff. don. 2. 29; L. 13. C. coll. 6. 20).

4) Der Theilungsrichter soll die Schenkung als eine gültige *mortis causa donatio* behandeln.

Diess ist in Vat. fragm. § 274. ausdrücklich gesagt:

ad instar mortis causa donationis hujuscemodi liberalitatem redigi oportere retro

und tritt in etlichen Consequenzen auch praktisch hervor. Einmal nämlich soll die Schenkung als eine von Anfang an gültige Schenkung behandelt werden

Vat. fragm. § 274. v. retro. vgl. mit L. 25. C. cit.

— wie regelmässig die *m. c. donatio* und namentlich auch die *m. c. donatio inter virum et uxorem* (L. 11. § 1. don. int. vir. 24. 1 — Ulp. lib. 32. ad Edict. und L. 40. *m. c. don.* 39. 6 — Papinianus lib. 29. Quaest.) —; weiterhin soll zutreffendenfalls die *Quarta Falcidia* in Abzug gebracht werden;

Vat. fragm. § 281: *liberalitatem ejus salva lege Falcidia probari . . .* endlich soll die Berücksichtigung des Pflichttheiles ohne Anstellung der *querela inofficiosae donationis* möglich sein.

L. 2. C. inoff. don. 3. 29. . . *et arbitri familiae erciscundae officio congruit, ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumem*

Weitere Folgerungen sind in den Quellen nicht gezogen. Es entspricht indessen dem quellenmässigen Prinzip, alle Consequenzen, welche die Natur der *m. c. donatio* und namentlich deren Annäherung an die Vermächtniss-Verfügung mit sich bringt, auch hieher zu übertragen: soweit nicht entweder die ursprüngliche Ungültigkeit der Verfügung im Wege steht — in dieser Beziehung geben die Bestimmungen über die *convalescirten donationes inter virum et uxorem* einen Anhaltspunkt — oder die eigenthümliche Art der Durchführung der *Convalescenz* (vgl. Z. 3).

5) Schenkungen, welche die unter derselben väterlichen Gewalt stehenden Hauskinder sich machen, sind ganz zu beurtheilen, wie Schenkungen des Hausvaters an das Hauskind. Denn das Hauskind kann sie nur aus des Vaters Vermögen und mit dessen Zustimmung machen.

L. 7. don. 39. 5. (Ulp. lib. 44. ad Sabinum) u. a. m.

Doch ist darauf aufmerksam zu machen, dass das Widerrufsrecht nicht dem schenkenden Hauskinde, sondern dem Hausvater zusteht und dass deshalb keineswegs immer, wenn bis zu dem Tode des Hausvaters kein Widerruf erfolgt ist, Convalescenz eintreten kann: namentlich nicht, wenn der Hausvater keine spezielle Kunde von der Schenkung erhalten hat (vgl. oben Ziff. 2. d.).

Bei allen diesen Erörterungen ist die Berührung der *donatio* der Hausvater an das Hauskind mit der *concessio peculii* absichtlich ausser Acht gelassen worden: sie soll im zweiten Buche besprochen werden. Und ebenso muss die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Justinian im Zusammenhange mit der prinzipiellen Aenderung des Familiengüterrechtes das Wesen jener Schenkung geändert hat, auf das sechste Buch ausgesetzt bleiben.

III. Die Dos des Hauskindes.

§ 33. Die für die Ehe des Haussohnes bestellte Dos ¹⁾.

I. Die Dos, welche für die Ehe des Haussohnes bestellt wird, kommt in das Vermögen des Hausvaters (*patrimonium*).

Entweder wird sie dem Hausvater bestellt — dann erwirbt er solche unmittelbar durch den Uebertragungsakt (*datio, dictio, promissio*) und weil solcher ihm gegenüber vorgenommen worden ist —; oder sie wird dem Haussohne bestellt — dann erwirbt sie der Hausvater, weil sich aller Rechtserwerb des Hauskindes *ipso jure* auf ihn bezieht.

Beides ist nach den Quellen in keiner Weise zu beanstanden, und in voller Uebereinstimmung mit den allgemeinen Prinzipien: sobald nur unter Dos nichts Anderes verstanden werden will, als die Gesamtheit der einzelnen Sachen, Rechte und Werthe, welche *dotis constituendae causa* übertragen worden sind. Allein die Dos

1) Bechmann, Dotalrecht I, 26 fl.; II, S. 45—49; 278—292 (vgl. hiezu von Scheurl in der krit. Vierteljahrsschrift VI, 8 fl., XI, 113. 322); Voigt, die Lex Maenia de dote S. 58 fl.; Arndts, Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII, S. 20—35; auch VIII, 432 fl. Neuer als diese Erörterungen, die zum Theile gleichzeitig und ohne gegenseitige Berücksichtigung geschrieben sind, sind die Ausführungen von Brinz, Pandekten S. 1229—1231. und von Czychlarz, Dotalrecht S. 13—28, 321—330.

ist eine Gesamtheit von Vermögenswerthen, welche zunächst geeignet und zusammengehalten wird durch einen bestimmten materiellen Zweck, und auf welche in Folge dieser Bestimmung gewisse Rechtssätze Anwendbarkeit beanspruchen, die aus Inhalt und Natur der einzelnen übertragenen Rechte nicht resultiren würden.

Die Dos ist nämlich bestimmt, in erster Linie die realen Grundlagen einer bestimmten Ehe zu verstärken (*ut oneribus matrimonii serviat*), weiterhin aber und nach Auflösung der Ehe Vermögen (*patrimonium*) der Ehefrau zu sein. Diese materielle Bestimmung, namentlich die eventuelle Bestimmung der Dos zu einem Patrimonium der Ehefrau, ist rechtlich geschützt und gefördert einmal dadurch, dass die einzelnen *res dotales*, wenigstens die *res dotales* bestimmter Kategorien, besonderen Rechtsvorschriften unterliegen — Veräußerungsverbot des *fundus dotalis* — und dann dadurch, dass der Ehefrau ein in mehreren Beziehungen verstärkter und eigenthümlich gestalteter Rückforderungsanspruch (*actio de dote*) eingeräumt ist.

Kann nun die Dos, wenn sie in das Vermögen des Hausvaters kommt, jene erste materielle Funktion erfüllen? Allerdings: denn in Folge der Vermögenslosigkeit der Hauskinder ruhen die Lasten ihrer Ehe und des durch die Ehe begründeten Hauswesens auf dem Hausvater, bewirkt also eine Vermehrung des Vermögens des Hausvaters in der gleichen Weise eine Verstärkung der realen Grundlage der Ehe, wie wenn das Vermögen des gewaltfreien Ehemannes durch eine dos vermehrt wird.

L. 20. § 2. *fam. herc.* 10. 2 (*Ulp. lib. 19. ad Edictum*): .. *Nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet, quia filii onera et nurus ipse agnoscere necesse habet.*

L. 16. *pr. peculio cast.* 49. 17 (*Papinianus lib. 19. Resp.*): .. *dos autem matrimonio cohaerens oneribus ejus ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.*

vgl. auch L. 56. § 1 u. 2. *jure dot.* 23. 3. (*Paulus lib. 6. ad Plautium.*)

Diese Verhaftung des Hausvaters für die *onera matrimonii filii* erklärt einer Seits, dass Dotalbestellung an den Gewalthaber möglich ist, anderer Seits, dass die Regel des Ueberganges allen Er-

werbes des Hauskindes auf den Hausvater bei der Dos nicht durchbrochen ist: sie hat aber auch die Folge, dass die dotis constituendae causa an den Hausvater oder das Hauskind übertragenen res als res dotales und in ihrer Gesamtheit als Dos ein Vermögen des Hausvaters sind ²⁾).

Dementsprechend ist nicht zu bezweifeln, dass die einzelnen res dotales auch als Bestandtheile des patrimonium den aus ihrer Eigenschaft als res dotales resultirenden Vorschriften unterliegen: also von dem paterfamilias gültig nicht veräussert werden können ³⁾,

arg. L. 1. § 1. fundo dot. 23. 5. (Paulus lib. 36. ad Ed.) dagegen mit pflichtmässiger Sorgfalt behandelt und bewahrt werden müssen.

L. 72. § 1. jur. dot. 23. 3. (Paulus lib. 8. Resp.)

Und dass der Gewalthaber der actio de dote ausgesetzt, also restitutionspflichtig ist, steht nach den Quellen fest.

Allerdings ist diese Restitutionspflicht des Gewalthabers nicht unter allen Umständen nach Voraussetzungen und Umfang der des gewaltfreien Ehemannes gleich. Wenn nämlich beachtet wird, dass der Zwischensatz der L. 22. § 12. sol. mat. 24. 3 (Ulp. lib. 33. ad Edict.):

Quod si filio data sit non jussu patris, Sabinus et Cassius responderunt, nihilo minus cum patri agi oportere, videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium.
eine von der späteren Jurisprudenz verworfene Meinung der Sabinianer enthält,

vgl. namentlich die unmittelbar folgenden Worte der L. 22. cit.:
sufficit autem ad id damnum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est.

so unterliegt es weiterhin keinem Zweifel, dass der Hausvater für die zu Gunsten der Ehe des Haussohnes bestellte Dos nicht ohne

2) A. M. Bechmann, a. a. O. S. 46 fl., insofern er einmal die Möglichkeit der Dotalbestellung an den Hausvater aus dessen Stellung als »juristischen Hauptes der Ehe« erklären und weiterhin die Dotalobjekte nur dann als solche dem Hausvater erworben werden lassen will, wenn nicht der Ehemann als Ehemann die Dos erwirbt. Letztere Unterscheidung, welche aus der verschiedenen Verpflichtung des Hausvaters hergeleitet wird, ist in den Quellen in keiner Weise begründet. Richtig Brinz, S. 1229—1231.

3) Czychlarz in der Giess. Zeitschr. N. F. XXII, S. 413.

Weiteres verhaftet ist, vielmehr nur dann, wenn entweder ihm, dem Hausvater, die dos bestellt worden ist, oder in Beziehung auf die dem filius familias gegenüber vorgenommene Dotalbestellung einer der Gründe vorliegt, welche den Hausvater für Schulden des Hauskindes tenent machen (*jussus*, *concessio peculii*, *versio in rem*); dass ferner die Haftung auf Grund der *concessio peculii* oder der *versio in rem* sich auf den Umfang des *peculium* beziehungsweise des *versum* beschränkt; und dass auch nicht durch erweiterte Annahme einer *versio* (L. 22. § 12. cit.) unbedingte Haftung erzielt worden ist⁴⁾.

L. 25. pr. sol. mat. 24. 3 (Paulus lib. 36. ad Edictum); L. 53. e. t. (Tryphoninus lib. 12. Disp.); L. 36. peculio 15. 1 (Ulp. lib. 2. Disp.); L. 10. C. sol. mat. 5. 18 (Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Epigono).

Allein dessungeachtet kann die Dos als solche im Vermögen des Hausvaters sein. Denn nicht das Haben der Dos, sondern die *dotis constitutio* bedingt die Entstehung der Dotalobligation.

L. 1. § 10. dote prael. 33. 4. (Ulp. lib. 19. ad Sab.) etc. etc. Die *dotis constitutio* aber vermag, wenn dem Haussohne gegenüber vorgenommen, als *negotium cum filio gestum* zunächst nur diesen zu obligiren, während die Dotalwerthe und zwar *cum suo jure d. h.* als *res dotales* unmittelbar und unbeschränkt dem Vermögen des Hausvaters einverleibt werden.

II. Während in dem Erwerbe der dos durch den Hausvater das Prinzip, welches das römische Familiengüterrecht beherrscht, theils direkt (*dos filio familias constituta*) theils indirekt (*dos patri familias constituta*), aber in beiden Fällen rein und unbeschränkt sich geltend macht, bringt die in erster Linie hervortretende ma-

4) Nicht ganz richtig Czychlarz, S. 321. Note 4, insoferne bei *jussus* des Vaters nicht die *actio quod jussu*, sondern direkte Verhaftung des Hausvaters und Ausschluss jeder Verpflichtung des Haussohnes statuirt wird (vgl. auch Bechmann S. 47; Arndts S. 22; Brinz S. 1230); aber *socer absolute tenebitur* in L. 20. § 12. sol. mat. heisst nicht: der Hausvater haftet ausschliesslich, sondern: haftet unbeschränkt (vgl. auch die Scholie: *ἀδιασφάλτως ὁ πατὴρ κατέχεται*, während die Basiliken allerdings den Vater ausschliesslich haften lassen; ferner die Parallelstellen bei Dirksen, Man. Jur. ad h. v.). Nicht ganz richtig auch Brinz, S. 1229, insoferne er den im Texte berührten Zwischensatz der L. 20. § 12. cit. in den Vordergrund stellt.

terielle Bestimmung der Dos (ut oneribus matrimonii serviat) eine Beziehung der Dos zu dem *filius familias* mit sich, die solche von dem sonstigen *Patrimonium* scheidet, und hat diese Beziehung wenigstens nach einer Richtung hin rechtliche Anerkennung erhalten.

1) Diese rechtliche Anerkennung tritt hervor in der Anerkennung einer Anwartschaft des Haussohnes auf die Dos für den Fall der Lösung der Gewalt.

a) Die Anwartschaft des Sohnes auf die Dos führt keineswegs zu der Anerkennung eines während der *potestas* vorhandenen, unentziehbaren Successionsrechtes auf die dos — wie denn überhaupt solche feste Rechte auf eine künftighin erst sich öffnende Succession der römischen Rechtsanschauung fremd sind. Ihre rechtliche Anerkennung besteht vielmehr darin, dass mit dem Tode des *pater familias* theils durch Erweiterung der ohnehin vorhandenen erbrechtlichen Ansprüche, theils durch Einräumung sonst nicht vorhandener Rechte dieser Art dem *filius familias maritus* der ungeschmälerte und unbelastete Erwerb der ganzen Dos gesichert wird. Wenn nämlich der *pater familias* stirbt, und den Haussohn als einzigen Erben hinterlässt, so wird derselbe gegen Belastung der dos durch Vermächtnisse gesichert: einmal dadurch, dass das ihm auferlegte *Universalfideicommiss* auf die im Nachlasse befindliche dos nicht mitbezogen wird:

L. 2. pr. dote prael. 33. 4. (Ulp. lib. 5. Disp.)

und dann dadurch, dass ihm gestattet wird, die dos bei der Berechnung der Grösse des Aktivnachlasses, wie der Erbschaftsschulden ausser Spiel zu lassen.

L. 85. ad leg. Falc. 35. 2. (Julianus lib. 18. Dig.):

dotem confestim in computatione hereditatis et Falcidia
ratione in aere alieno deducet: aliter enim videbitur indotatam uxorem habere... ⁵⁾

Die Sicherung vor Beeinträchtigung durch Vermächtniss genügt aber nicht, wenn der *filius familias maritus* Miterben hat: da diese Miterben weil am gesammten Nachlasse auch an der dos par-

5) Ueber die L. 85 cit. vgl. Bechmann II, 281, der die dos als durchlaufenden Posten behandelt wissen will; Arndts in der Z. f. R.G. VIII, 26, 28.

ticipiren würden. Hier wird desshalb, ausser einer entsprechenden Begünstigung bezüglich des Abzuges der Quarta Falcidia,

L. 85. cit.: Quodsi filius extraneum coheredem habeat, ipse quidem semper pro qua parte patri heres erit dotem in aere alieno deducet, et coheres ejus, antequam dos a filio praecipiat.

dem filius familias maritus das Recht eingeräumt, bei der Erbtheilung die dos vorwegzunehmen.

L. 20. § 2. fam. herc. 10. 2. (Ulpian. lib. 19. ad Ed.): Hoc amplius filiusfamilias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet ... Integram igitur dotem praecipiet ...

L. 1. § 13. dote praeleg. 33. 4. (Ulp. lib. 19. ad Sabinum) ... in familia herciscundae judicio maritum praecepturum, quemadmodum totam dotem praeciperet, si non esset relegata.

vgl. ausserdem L. 1. § 9. dote prael.; L. 7. § 3. e. t. (Papinianus lib. 18. Quaest.); L. 46. fam. herc. (Paulus lib. 7. ad Sabinum); L. 51. pr. e. t. (Julianus lib. 8. Dig.); L. 2. C. fam. herc. 3. 36. (Imp. Antoninus A. Vitiano). L. un. § 10. C. rei ux. act. 5. 13. (Imp. Justinianus A. ad populum).

Und wenn der Sohn enterbt ist, also das judicium familiae herciscundae und die actio familiae herciscundae fehlt um den Voraus dem Widersprache der Betheiligten gegenüber durchzusetzen, so wird ihm eine utilis actio — ob utilis familiae herciscundae oder utilis legati actio, mag dahin gestellt bleiben ⁶⁾ — behufs Erreichung desselben Zieles eingeräumt.

L. 1. § 9. dote prael.: ... nihilo minus maritus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae herciscundae judicio, sive non, utili actione.

Selbstverständlich bedarf der filiusfamilias weder jener actio familiae herciscundae, noch dieser actio utilis, wenn ihm die dos prälegirt ist: ausgenommen dieses Prälegat wäre durch Fideicommiss belastet, beziehungsweise durch Abzüge Seitens der belasteten Erben

⁶⁾ Bechmann II, 291; Voigt S. 64. Note 101; Brinz 1231: utilis familiae herciscundae actio; Arndts 29: u. f. h. actio oder legati actio? Czychlarz 328 u. 329: utilis legatorum actio.

geschmälert. Denn da die römische Jurisprudenz nicht zu dem anscheinend nächstliegenden Mittel griff, derartige Fideicommissa für ungültig und das *legatum dotis* für abzugsfrei zu erklären, liegt in diesem Falle der Belastung und Beschränkung dasselbe Bedürfniss, wenn auch für einen geringeren Betrag, vor, wie wenn keine *praelegatio dotis* stattgefunden hätte.

L. 1. § 13. dote praeleg. 7).

b) Die so eben referirten Bestimmungen, namentlich auch die die *praeceptio dotis* gestattenden Normen finden Anwendung, ob die in Frage stehende Dos *dos recepticia* oder *non recepticia* ist, und ob sie dem Hausvater oder dem Haussohne gegenüber bestellt worden ist.

L. 20. § 2. fam. herc.

c) Die Bestimmungen finden Anwendung, wenn bei dem Tode des Hausvaters die Ehe, für welche die dos bestellt ist, noch besteht.

L. 20. § 2. L. 46. L. 51. pr. fam. herc.; L. 1. § 9. und § 13. dote prael.; L. 2. C. fam. herc.

Wenn dagegen die Ehe in diesem Zeitpunkte schon gelöst ist, treffen solche nicht zu, kann namentlich der Haussohn die dos nicht vorwegnehmen 8).

Für den Fall, dass eine *actio de dote* durch die Lösung der Ehe nicht begründet worden ist, beweist diess einmal die

L. 2. C. fam. herc. 3. 36.: *Uxor tua, si mortuo patre tuo, cui dotem numeraverat, quum heres ei exstiteris, adhuc in matrimonio tuo fuerit, familiae erciscundae actionem ad exsequendam dotem secundum juris pridem placitum adversus coheredes tuos nactus es...*

in welchem Rescripte die Worte »*si mortuo patre tuo... adhuc in matrimonio tuo fuerit*« in Ermanglung besonderer Gründe nicht als überflüssige Relation aus den Umständen des concreten Falles betrachtet werden dürfen; dann aber die Analogie von

L. 66. pro socio 17. 2. (Gajus lib. 10. ad Edict. prov.):

7) Ueber Text und Auslegung von L. 1. § 13 dote prael. vgl. Arndts, Z. f. R.G. VIII, 432 f.

8) A. M. Bechmann II, 283 f. und zwar bezüglich der beiden im Texte berührten Fälle; richtig dagegen Czyhlarz S. 323.

Quodsi eo tempore quo dividitur societas in ea causa dos sit, ut certum sit eam vel partem ejus reddi non oportere, dividere eam inter socios judex debet.

Der letztere Grund wiegt um so schwerer, je mehr auch in den anderen Fällen die *praeceptio dotis* bei der Auflösung der allgemeinen Gütergemeinschaft und bei der Auflösung der Gewalt sich parallel laufen (L. 65. § 16. e. t.), und je zweifelloser der Rechtsgrund der in der L. 66. cit. enthaltenen Entscheidung eine Entscheidungsnorm auch für die andere Frage abzugeben vermag. Wenn nämlich die *socii* unter den Voraussetzungen der L. 66. cit. in die vormalige dos sich theilen dürfen, so ist nach L. 65. § 16. e. t. der Grund der, dass mit der Trennung der Ehe die *onera matrimonii* wegfallen, von da an die dos also ihre nächste materielle Bestimmung verloren hat. Diese nächste materielle Bestimmung der dos aber ist im vorliegenden Falle durch die Lösung der Ehe nicht weniger beseitigt. Die einzige Stelle endlich, auf welche sich *Bechmann* für die von ihm aufgestellte gegentheilige Ansicht beruft

L. 2. pr. dote prael. 33. 4.: Nam et si quis, cum a nuru dotem accepisset, filium suum heredem instituerit eumque rogaverit, quidquid ad eum ex hereditate pervenisset, restituere, mox morte uxoris dotem fuerit lucratus, id non restituet, quod ex dote percepit, quia matrimonii causa id lucratus est, non ex patris iudicio.

setzt Lösung der Ehe nach dem Tode des Gewalthabers voraus (mox... lucratus), berührt also die hier vorliegende Frage nicht.

Aber auch wenn bei der Lösung der Ehe eine *actio de dote* entstanden ist, ist kein Präceptionsrecht begründet.

Wenigstens setzt L. 7. § 3. dote prael. (*soluta matrimonio, postquam heres extitit*) Lösung der Ehe nach dem Tode des Gewalthabers voraus. Die

L. 46. fam. herc. 10. 2. (*Paulus lib. 7. ad Sab.*)

ferner spricht, wenn der Gegensatz zwischen dem ersten und zweiten Satze gebührend ins Auge gefasst wird, mit möglichster Bestimmtheit aus, dass die Präception nur stattfindet:

si post mortem soceri divortium factum sit.

Und endlich lässt sich weder die Entscheidung der L. 7. § 3. dot.

prael. über die Restitutionsfristen, noch überhaupt Veranlassung und Bedeutung der Præception für den Fall und im Falle der Existenz einer actio de dote genügend erklären.

d) Wenn nachträglich d. h. nach dem Tode des Gewalthabers eine der Voraussetzungen des Præceptionsrechtes wegfällt, so geht das einmal erlangte Recht (actio familiae herciscundae etc.) nicht mehr verloren.

vgl. die Schlussworte der oben abgedruckten L. 2. C. fam.

herc. . . eamque retines, etiam si postea, dum tibi nupta est, decessit.; ferner L. 46. fam. herc.; L. 2. pr. dot. prael.

e) Der Haussohn kann die Dos in dem Umfange vorwegnehmen, in welchem der Hausvater der actio de dote gegenüber zur Herausgabe verpflichtet wäre, also die ihm selbst constituirte nur:

quamdiu peculium patitur vel in rem patris versum sit. L.

20. § 2. vgl. mit § 1. fam. herc.

Doch bezieht sich diese Bestimmung nur auf die Verpflichtung im Allgemeinen, nicht auf die Frage nach der Restitution der Früchte. Für diese letztere Frage ist vielmehr die Analogie der dos praelegata massgebend.

L. 51. e. t. . . ut ea causa filii sit, qua futurus esset (fundus), si dos per praeceptionem legata fuisset ⁹⁾.

f) Die Dos ist, wenn die Ehe noch besteht, alsbald dem Ehemanne auszufolgen.

L. 46. fam. herc. 10. 2.

Ist aber nach dem Tode des Gewalthabers die Ehe unter Entstehung einer actio de dote gelöst worden, so kann der Ehemann die dos nur unter Einhaltung derjenigen Fristen ausbezahlt verlangen, welche gegenüber der actio rei uxoriae begründet wären ¹⁰⁾.

L. 7. § 3. dote prael. 33. 4.

g) Wenn der Ehemann die Dos erhalten oder auch nur das Recht auf ihre Ausfolge erlangt hat, ist er für die Folgezeit resti-

9) So nach der Conjectur Mommsens. Uebrigens giebt die handschriftliche Lesart (in qua futura esset) um der im folgenden Satze (quare fructus etc.) gezogenen Consequenz willen denselben Sinn.

10) Bechmann II, 282 u. 283, während Czyhlarz S. 323 u. 324, nam. Note 8 die Restitutionsfristen auch auf die durante matrimonio erfolgende Præception angewendet wissen will.

tutionspflichtig, während die Erben beziehungsweise Miterben mindestens dem Erfolge nach von der Restitutionspflicht frei bleiben.

Die Art und Weise, in welcher jene Verhaftung und diese Befreiung erfolgt, ist aber nicht für alle Fälle die gleiche; theilweise auch aus den Quellen nicht mit voller Sicherheit zu entnehmen ¹¹⁾.

Freilich steht, wenn der Sohn-Ehemann der Alleinerbe des Gewalthabers geworden, oder wenn ihm, dem Sohne, die Dos bestellt worden ist, seine Verhaftung der *actio de dote* gegenüber, im ersten Falle selbst seine alleinige Verhaftung, nach allgemeinen Grundsätzen ausser allem Zweifel.

Wenn ferner der Ehemann die Dos nur auf Grund eines Vermächtnisses erhalten hat, oder wenn die Dos *ex stipulatu* zu restituiren ist, lassen die Quellen keinen Zweifel darüber, dass nicht der Ehemann, sondern die Erben zunächst verhaftet sind und dass es zur Ueberwälzung der Haftpflicht der Leistung einer *cautio defensum iri* bedarf.

L. 1. § 10. *dote prael.* 33. 4. (Ulp. lib. 19. ad Sab.); L.

20. § 2. *fam. herc.* 10. 2. (Ulp. lib. 19. ad Ed.) vgl. auch

L. un. § 10. *C. rei ux. act.* 5. 13.

Dagegen fragt es sich, ob auch dann, wenn die Dos mit der *actio de dote* zurückzufordern ist, und der Ehemann die Dos ganz oder theilweise per *praeceptionem* erhält, *cautio defensum iri* zu stellen ist, oder ob der Ehemann ohne Weiteres der *actio de dote* verhaftet, der Erbe dagegen frei ist? Justinian selbst beantwortet die Frage für das classische Recht im Sinne der zweiten Alternative,

11) Im Texte werden nur die hauptsächlichsten Fragen berührt. Näheres findet sich bei Bechmann II, 283—92; Arndts VIII, 28 f.; Czyhlarz, S. 321—29, vgl. auch Voigt, die *Lex Maenia* S. 63. Note 100 u. 101; Brinz, S. 1231. Die im Texte als bestritten herausgehobene Frage wird übereinstimmend mit der oben gegebenen Antwort entschieden von Bechmann II, 284 f. und Brinz 1231; Czyhlarz differirt insoferne, als er die Richtung der *actio de dote* gegen den Ehemann wenigstens dann nicht anerkennt, wenn der Ehemann enterbt ist (328 f. vgl. im Uebrigen 324 u. 325 und gegen diese Modification die L. 46 *fam. herc.*); Arndts S. 27 ferner sieht die *Cautionen* überall da als nothwendig an, wo die Dos nicht dem Haussohne selbst bestellt worden ist; Voigt endlich N. 100 u. 101 scheint allgemein *cautiones defensum iri* zu verlangen.

indem er die Nothwendigkeit der cautiones als eine Eigenthümlichkeit der actio ex stipulatu aufführt.

L. un. § 10. C. rei ux. act.: Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris vel nurus in familiae eriscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis praestanda.

Dass diese Antwort auf einem Missverständnisse des classischen Rechtes beruhe, lässt sich nicht erweisen. Im Gegentheile spricht

L. 20. § 2. fam. herc. Integram igitur dotem praecipiet et cavebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possint conveniri; idem et si alius dotem dedit et stipulatus est. für deren Richtigkeit — freilich nicht mit dem vollen Gewichte, das die Stelle beanspruchen könnte, wenn nicht manche Gründe für eine Interpolation vorliegen würden. Ferner gewährt die

L. 7. § 5. dote prael. 33. 4.

eine nicht unbeträchtliche Unterstützung, sowohl durch ihre allerdings einen Nothstand voraussetzende Entscheidung, als durch den auch hieher zutreffenden Grund:

cui (mulieri) dos perire non debet, quia non interposuit per errorem heres cautionem.

— möglicher Weise selbst dadurch, dass sie ein später überwundenes Vorstadium der Entwicklung erkennen lässt. Die formellen und materiellen Bedenken aber, die einer Seits gegen die Verpflichtung einer von der causa obligatoria nicht ergriffenen Person, anderer Seits gegen die Befreiung der verpflichteten Erben und die hiemit verbundene Entziehung der actio zu sprechen scheinen, sind nicht unüberwindlich. Nach der einen Seite hin mag, wie Czychlarz (S. 325.) annimmt, das aequius melius der formula die Richtung der Klage gegen den Ehemann und deren Gewährung auf die ganze dos erleichtert haben — wenigstens erklärt sich bei dieser Annahme die andere Behandlung der actio ex stipulatu am Einfachsten. Die ausschliessliche Verweisung der Ehefrau an den Ehemann aber findet ihre genügende Rechtfertigung darin, dass es ja unter allen Umständen der Ehemann ist, für welchen die dos bestellt wird, und an welchen sie bei ordnungsmässiger Entwicklung der Verhältnisse kömmt, den also auch der Constituent im Voraus als den schliesslichen Schuldner betrachtet.

2) Die Beziehung der Dos zu dem *filius familias-maritus* tritt ausschliesslich in der unter Z. 1. hervorgehobenen Anwartschaft hervor.

Nirgends zeigt sich eine Spur von Befugnissen, welche dem Haussohne während Dauer der Gewalt in Beziehung auf die im *Patrimonium* befindliche Dos zukommen; nirgends ein Mittel, um den Hausvater zur bestimmungsgemässen Verwendung beziehungsweise Erhaltung der Dos anzuhalten; nirgends eine Beschränkung der Rechte des Gewalthabers mit Rücksicht auf den möglichen Anfall an den Haussohn.

Freilich ist auch der gewaltfreie Ehemann der Frau und dem Besteller der Dos gegenüber zu einer zweckentsprechenden Erhaltung und Verwendung der Dos und ihrer Erträge in keiner anderen Weise als durch die Restitutionspflicht rechtlich genöthigt. Ueberdiess kommen die Massnahmen, welche das römische Recht zu Gunsten der Ehefrau und ihres eventuellen Anspruches auf die Dos getroffen hat, im Verhältnisse zu dem Gewalthaber des Ehemannes thatsächlich auch diesem letzteren zu Gute.

3) Die Anwartschaft des Sohn-Ehemannes auf die Dos hat ihren einzigen Grund in der materiellen Bestimmung derselben, die realen Grundlagen der Ehe zu verstärken und reicht in keiner Weise über diese Bestimmung hinaus.

Diess ergibt sich

a) aus der Entstehung des Präceptionsrechtes.

Soweit nämlich aus den Quellen zu ersehen ist, sind die unter 1) angeführten Bestimmungen aus der rechtsschaffenden Thätigkeit der classischen Jurisprudenz hervorgegangen. Die Berufung auf die Aussprüche einzelner Juristen, wie sie nahezu in allen auf das Präceptionsrecht bezüglichen Stellen vorkommt;

L. 20. § 2. *fam. herc.* (Marcellus scribit); L. 46. e. t. (et ita Scaevolae quoque nostro visum est.); L. 1. § 9. *dote prael.* (Celsus... scribit); § 10. e. t. (apud Julianum... quaeritur); § 13. e. t. (Idem Julianus quaerit);

die Verweisung auf *Responsa* und *Placita* in

L. 7. § 3. e. t. (quia... responsum est) und namentlich

L. 2. *C. fam. herc.* (*secundum juris pridem placitum*); endlich die Bemerkung der

L. 1. § 13. dote prael. (Ulp. lib. 19. ad Sab.): Sed et marito ex parte heredi instituto a socero dote praelegata legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata, verum quod Falcidia recidit, in familiae herciscundae iudicio maritum praecepturum . .

lassen hierüber kaum einen Zweifel. Die Entscheidung, die in der letzten Stelle enthalten ist, und deren Motivierung sind in dieser Beziehung namentlich beweisend. Denn wenn zu der Zeit, in welcher sich das Legatenrecht ausbildete, das Präceptionsrecht schon bestanden hätte oder im gleichzeitigen Entstehen begriffen gewesen wäre, hätte ein Vermächtniss der Dos an den Ehemann unmöglich als Vermächtniss eines indebitum dem Abzuge der Quarta Falcidia unterworfen werden können. Und wenn jenes Recht späterhin auf andere Weise als durch die Argumentationen der Juristen, also etwa durch gesetzliche Bestimmung entstanden wäre, hätte sich die Jurisprudenz sicherlich nicht gescheut, die Grundsätze der Legatenrechte in Beziehung auf die dos marito relegata als aufgehoben, beziehungsweise abgeändert zu betrachten ¹²⁾.

Wenn es sich nun fragt, auf welchen Rechtsgrund die Jurisprudenz das Recht des Ehemannes stützen konnte und stützte, so läge der Gedanke nahe, an das Rückforderungsrecht der Ehefrau anzuknüpfen: vorausgesetzt es wäre die Behauptung Voigts ¹³⁾ richtig, dass die Ehefrau bei dem durante matrimonio eintretenden Tode des Gewalthabers seit der lex Maenia — d. h. jedenfalls schon in vorclassischer Zeit — berechtigt gewesen sei, die Dos zurückzufordern. Allein diese Voraussetzung kann nicht als richtig zugegeben werden. So auffallend es ist, dass die Dos bei dem Tode des Gewalthabers vor der Entstehung des Präceptionsrechtes den Erben des Gewalthabers bis zu der Lösung der Ehe verblieben sein soll, so lässt sich doch weder die Sitte, die Dos der Ehefrau oder

12) So in Bez. auf die Schaffung des Präceptionsrechtes namentlich Voigt, S. 64. Note 101. Arndts, S. 31—35 knüpft dagegen das Präceptionsrecht an die Lex Maenia; Czyhlarz (S. 26. Note 11) hält solches im Gegensatz zu beiden Anschauungen für sehr alt.

13) Gegen Voigt (S. 41 fl.) ist zu vergleichen Arndts, S. 29 fl., S. 35; Czyhlarz, S. 321. Note 8 (vgl. auch Bechmann II, 420. Note 3).

dem Ehemanne zu vermachen, noch der Ausspruch der L. 1. § 13. dote prael.:

quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata noch endlich die allerdings von Ulpian im Resultate missbilligte Entscheidung des Celsus:

L. 1. § 9. dote prael.: si socer nurui dotem relegavit, si quidem jus actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum, quippe nupta est. (vgl. auch L. 10. § 1. leg. praest. 37. 5.)

anders erklären, als durch die Annahme, dass im alten Rechte die Dos den Erben des Gewalthabers verblieben ist. Die Stellen aber, auf welche sich Voigt berufen hat, und unter denen einige, namentlich

L. 24. § 1. sol. mat. 24. 3. (Ulp. lib. 33. ad Edict.)

L. 10. leg. praest. 37. 5. (Ulp. lib. 40. ad. Ed.)

allerdings von einer constante matrimonio anstellbaren actio de dote sprechen, beweisen — wenn nicht etwa blos die Gewährung der actio in einem Nothstande (L. 24. pr. sol. mat.) — so doch keinesfalls mehr, als dass in der classischen Zeit und wohl pari passu mit dem Präceptionsrecht ein solches ergänzendes Rückforderungsrecht der Ehefrau für den Fall des Todes des Gewalthabers sich gebildet hat.

Weiterhin betont eine der in Betracht kommenden Stellen, nämlich

L. 51. pr. fam. herc. (Julianus lib. 8. Dig.)

die Analogie des praelegatum dotis und ruft hiedurch den Gedanken hervor, dass die Sitte der Prälegirung der Dos an den Ehemann zu der Präsumtion eines derartigen Legates geführt und dieses präsumirte Legat die Grundlage des Präceptionsrechtes abgegeben habe. Allein einmal sprechen gegen diese Annahme

L. 1. § 9. und § 13., L. 7. § 3. dote prael.

indem sie das Präceptionsrecht des Ehemannes neben einem wirklichen Legate und im Unterschiede von solchem aufführen. Dann aber wäre der Anknüpfungspunkt doch immer nur formeller Natur, und mit seiner Annahme die Frage nicht beantwortet: welcher materielle Rechtsgedanke dem Präceptionsrechte zu Grunde liege.

Wenn dagegen in den Quellen mehrfach darauf hingewiesen wird, dass nach dem Tode des Gewalthabers der Sohn - Ehemann selbst die onera matrimonii zu tragen habe:

L. 20. § 2. familiae herc.: nec immerito, quia ipse onera matrimonii sustinet.

L. 46. e. t. Igitur et dotem praecipere debet qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit.

so ist hiemit nicht blos ein Erklärungsgrund aufgestellt oder eine formelle Anknüpfung versucht, sondern der materielle Rechtsge-
danke angegeben, welcher die Jurisprudenz auf die Schöpfung des Präceptionsrechtes geführt hat. Diess beweist neben dem unmittelbaren Inhalte der angeführten Stellen einmal die Bestimmung, dass wenn bei dem Tode des Gewalthabers der Ehemann in andere Gewalt fällt, der neue Gewalthaber präcipiren kann,

L. 20. § 2. fam. herc.: nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet, quia filii onera et nurus ipse adgnoscerenecesse habet.

und dann die ganze Gestaltung des Präceptionsrechtes (vgl. oben Z. 1. und alsbald unter b).

Die classische Jurisprudenz hat die materielle Bestimmung der Dos, die realen Grundlagen der Ehe zu verstärken, ins Auge gefasst, und mit dieser materiellen Bestimmung den Satz fundirt, dass, wenn bei dem Tode des Gewalthabers ein anderer Gewalthaber oder der Sohn - Ehemann die Lasten der Ehe zu tragen habe, diesem anderen Gewalthaber, beziehungsweise dem Ehemanne selbst die Dos zukommen müsse. Die Benützung der schon vorhandenen actio familiae herciscundae, die Schaffung einer — möglicher Weise auf die Präsumtion eines legatum dotis sich stützenden — actio utilis waren nur die Mittel, um diesem Satze praktische Geltung zu verschaffen.

So wenig es begründet ist, den Uebergang der Dos ohne Weiteres aus dem juristischen Wesen und dem rechtlichen Begriffe derselben zu folgern, — denn die Dos hat zwar die materielle Bestimmung ad onera matrimonii ferenda beizutragen, diese Bestimmung ist aber nicht zur rechtlichen Voraussetzung ihrer Existenz und zu dem Inhalte des Rechtes an solcher geworden — so wenig ist es nach dem

Ausgeführten gerechtfertigt, das Präceptionsrecht auf eine vage Billigkeitserwägung oder gar auf die Eigenthümlichkeiten des Mit-
erbenverhältnisses zurückzuführen ¹⁴⁾.

b) aus der Gestaltung des Präceptionsrechtes.

In dieser Beziehung sind namentlich die unter lit. c. und f. der Ziff. 1. referirten Sätze zu beachten.

Wenn der römischen Jurisprudenz die mehr angeführte materielle Bestimmung der Dos nicht Grund, Zweck und Schranke des Präceptionsrechtes gewesen wäre, so liesse sich nicht absehen: warum das Präceptionsrecht cessirt, sobald die Ehe zur Zeit des Todes des Gewalthabers schon gelöst ist, cessirt namentlich auch wenn die Frau vorher gestorben und die Rückforderungsklage ihres Vaters oder eines Dritten nicht begründet ist. Und ebenso wenig wäre unter dieser Voraussetzung zu begreifen, warum mit nachträglich eintretender Lösung der Ehe und Entstehung eines Rückforderungsanspruches die Erben berechtigt werden, die Dos nach Massgabe der Dotalestitutionsfristen zurückzuhalten. Dagegen sind beide Bestimmungen durchaus consequent, sobald der Ehemann nur um der onera matrimonii willen ein Präceptionsrecht hat, und diese onera — was freilich nicht allseits anerkannt ist — mit dem Matrimonium aufhören.

Bedenklich ist allein der Mangel positiver Anhaltspunkte für eine Klage des emancipirten Sohnes oder des Adoptivvaters auf Ausfolge der Dos gegen den gewesenen Hausvater ¹⁵⁾. Denn es lässt sich nicht leugnen, dass auch in diesen Fällen des Ueberganges der onera matrimonii die materielle Bestimmung der Dos einen Uebergang auf den Ehemann zu verlangen scheint. Indessen folgt einmal aus dem Schweigen der Quellen nicht mit Bestimmtheit,

14) Ersteres geschieht von Bechmann II, 279 f., Letzteres von Czychlarz, S. 23 f., 29 (vgl. auch gegen Bechmann Brinz 1231). Es ist übrigens gerade Bechmann I, S. 3 fl. u. a. a. O., der mit vollem Rechte die Aufnahme der materiellen Bestimmung der Dos in deren juristischen Begriff, also die Verwechslung von juristischem Wesen und materieller Bestimmung, zurückgewiesen hat.

15) Savigny II, 115 nimmt Uebergang der Dos auf den emancipirten Sohn oder den Adoptivvater an, ohne sich übrigens über die Art der Vermittlung des Ueberganges auszusprechen. Dagegen Bechmann II, 292 f.; von Scheurl XI, 322; Czychlarz 28 u. 29.

dass nicht der Ehemann beziehungsweise neue Gewalthaber irgend ein Rechtsmittel — freilich nicht *actio familiae herciscundae* oder *legati utilis* — gehabt haben kann, mit dem er dem gewesenen Hausvater die Dos abverlangen mochte. Noch näher aber liegt der Gedanke, dass in solchen Fällen der Ehefrau die *actio rei uxoriae* auch *constante matrimonio* gegeben und hiedurch die Dos thatsächlich ihrer Bestimmung erhalten worden sei.

arg. einer Seits L. 24. § 1. sol. mat. 24. 3.; L. 10. leg. praest. 37. 5.; anderer Seits L. 44. pr. sol. mat. (Paulus lib. 5. Quaest.)

Sollte übrigens ein solches Auskunftsmittel nicht angenommen werden dürfen: daraus, dass ein Gedanke nicht seinem vollen Umfange nach und in allen Consequenzen durchgeführt worden ist, folgt nicht, dass er für die vorhandenen Bestimmungen nicht oder nicht ausschliesslich massgebend gewesen ist.

§ 34. Die für die Ehe der Haustochter bestellte Dos (die dos *durante matrimonio*).

So wenig die Dos, welche für die Ehe eines Haussohnes bestellt ist, rechtliches Vermögen des Haussohnes ist: so wenig gehört die für die Ehe einer Haustochter bestellte Dos ¹⁾ während dieser Ehe oder nach Auflösung derselben von Rechtswegen der Haustochter. Aber wie die materielle Bestimmung der Dos im ersteren Falle Rechtssätze hervorruft, welche bei anderem durch den Haussohn oder Namens desselben gemachten Erwerb keine Anwendung finden: so und in noch höherem Grade bei der dos *filiaefamilias*.

1) Ausführungen über die Dos *communis patri et filiae* enthalten hauptsächlich: Donellus, Op. Omnia III, 1042—50 (Comment. XIV, 6. Nro. 15—29); Glück, Commentar XXVII, 146—151, 213—19; Savigny, Syst. II, 113 ff.; Unterholzner, Schuldverhältn. II, § 554; Vangerow, Pand. § 220; Baron, die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Rechte (1864) S. 392—406; Bechmann, Dotalrecht S. 299—318; Brinz, Pandekten S. 1245—49; Czyhlarz, Dotalrecht S. 391—13, vgl. übrigens auch Cujacius, Op. Omn. I, 1364, IV, 1217, V, 1027; Francke, civ. Abhandlungen S. 189 f.; Mühlenbruch, Doctr. § 270; Puchta, Pandekten und Vorlesungen § 419; Keller, Pand. § 399 u. Inst. S. 181; Windscheid, Pand. § 499; ausserdem von Scheurl in der Krit. Vierteljahrsschrift VI, 22 ff. u. XI, 324 f.; Voigt, die lex Maenia de dote S. 78 f.

Indessen handelt es sich hier nicht, wie im Falle des vorigen Paragraphen, um die Erhaltung der Dos für die Ehe und ihre Lasten, sondern um die Beziehung der Dos zur Ehefrau: um die Erhaltung der Dos für die die Trennung der Ehe überlebende Ehefrau. Und überdiess ist die Dos durante matrimonio begriffsgemäss im Vermögen des Ehemannes, nicht des Hausvaters. Diese beiden grundsätzlichen Verschiedenheiten bewirken, dass, während bei der dos filiofamilias constituta die Eigenthümlichkeit des Verhältnisses sich auf die Dauer der Ehe beschränkt, hier im Gegentheile die Gestaltung nach Lösung der Ehe in den Vordergrund tritt.

Während Bestehens der Ehe der Haustochter steht nämlich die Dos im Rechte und Vermögen des Ehemannes oder seines Hausvaters.

Es scheint also weder für das regelmässige Angehören jeden Erwerbes des Hauskindes an den Hausvater noch für eine etwaige Durchbrechung dieses Prinzipes irgend ein Raum vorhanden zu sein.

Diess ist denn auch in Wirklichkeit der Fall ²⁾; aber doch nicht ohne dass Zweifel und Bedenken möglich wären.

Die Dos gilt nämlich, des rechtlichen Angehörens an den Ehemann unerachtet, als *res, patrimonium mulieris* (vgl. die Belegstellen bei Brinz S. 1233 und dazu namentlich Val. Max. VIII. 2. 3, der die Dos als *patrimonium uxoris* aufführt); und es ruft dieses Angehören derselben an die Ehefrau gewisse rechtliche Folgen hervor, die zum Theile wenigstens zur Entstehung von Rechten der Ehefrau führen. Wenn nun die Ehefrau Haustochter ist, fällt dieses Angehören der Dos an solche keineswegs weg,

L. 3. § 5 min. 4. 4. (Ulp. lib. 11 ad Edictum): *Ergo etiam filiamfamilias in dote captam . . . puto restituendam: quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est.*

vgl. ausserdem L. 33 in fine jure dotium 23. 3 (Ulp. lib. 6 ad Sabinum); L. 7 pactis dot. 23. 4. (Pomponius lib. 15

2) Ueber den im Texte berührten Punkt ist zu vergleichen Brinz, a. a. O. S. 1245, der mit Recht betont, dass die Beziehung der Ehefrau zur Dos durch die Haustochterqualität der ersteren sich nicht verändere und ebenso mit Recht diess aus der Eigenthümlichkeit jener Beziehung erklärt, mit Unrecht aber die Beziehung als eine rechtliche, als Dotaleigenthum auffasst (vgl. hierüber oben S. 23 Note 18; dann auch Czychlarz a. a. O. S. 302.

ad Sabinum); L. 25. § 1 quae in fraud. cred. 42. 8 (Venulejus lib. 6. Interd.)

wird aber auch nicht auf den Hausvater derselben bezogen.

L. 71. evict. 21. 2 (Paulus lib. 16 Quaest.): non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest.

L. 4. collat. 37. 6 (Africanus lib. 4 Quaest.) . . . quia non, sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur, ita et in patris, a quo profecta est.

Und auch einzelne der rechtlichen Folgen dieses Angehörens treten ein, gleichviel ob die Ehefrau Haustochter ist oder nicht.

Liegt nun nicht hierin eine Durchbrechung des Prinzipes, das im Uebrigen das römische Familiengüterrecht bestimmt, und folgeweise eine Anerkennung der Dos als eines rechtlichen Tochter-Vermögens; hiemit aber der erste Keim der späteren Entwicklung des Peculienrechtes?

Die Frage wäre unbeschränkt zu bejahen: wenn das Angehören der Dos an die Ehefrau ein rechtliches Angehören wäre, d. h. wenn der Ehefrau als solcher Rechte an der Dos oder auf die Dos zustehen würden. Indessen trifft — zunächst abgesehen von der etwaigen obligatio zwischen Ehefrau und Ehemann und den einzelnen Consequenzen aus dem Angehören der Dos an die Ehefrau — diese massgebende Voraussetzung nicht zu. Wie schon an anderem Orte bemerkt worden ist (vgl. den § 3. II. Ziff. 1 auf S. 21 flg.), wollen die Quellen mit den Ausdrücken, welche ein Angehören der Dos an die Ehefrau hervorheben, nur besagen, dass die Dos ihrer materiellen Bestimmung nach sowohl während der Dauer als nach Auflösung der Ehe den Interessen und Zwecken der Ehefrau diene. Dass diese Bestimmung für die Ehefrau sich um der Haustochterqualität willen nicht zu einer Bestimmung für den Hausvater der Ehefrau gestaltet, ist ebenso selbstverständlich und nothwendig, als die Annahme einer den Hausvater nicht berührenden subjectiven Berechtigung der Ehefrau-Haustochter an der Dos (eines ehefräulichen Dotaleigenthumes) anomal und besonderer Begründung bedürftig wäre.

Auch die rechtlichen Consequenzen des materiellen Angehörens der Dos an die Ehefrau nöthigen, soweit sie bei der uxor-filias familias festgehalten sind, nicht zu der Annahme, dass die Haus-

tochter als Ehefrau eigene Rechte und insoferne einen vom Patrimonium rechtlich ausgeschiedenen Rechtskreis habe. Von den wenig zahlreichen Klagerechten der Ehefrau, welche in den Quellen erwähnt werden, namentlich von den Klagerechten, welche zur Durchführung der Evictionshaftung der Ehefrau durante matrimonio gegeben sind,

L. 22. § 1. evict. 21. 2 (Pomponius lib. 1 ex Plautio); L. 24 e. t. (Africanus lib. 6 Quaest.); L. 75 jure dotium 23. 3 (Tryphon. lib. 6 Disp.)

lässt sich nicht erweisen, dass sie auch der uxor filiafamilias zu eigenem Rechte und eigener Ausübung zustehen. Namentlich auch nicht durch

L. 71. evict. 21. 2 (Paulus lib. 16 Quaest.);

denn diese Stelle erwähnt zwar nirgends einer durch die Haus-tochter dem Hausvater erworbenen Klage, aber nur weil es sich um eine Klage aus dem vom Vater abgeschlossenen Vertrage handelt. Ohne besondern Anhaltspunkt den Nichtübergang derartiger Klagerechte auf den Hausvater zu statuiren, wäre aber um so misslicher, je bestimmter in

L. 7 pact. dot. 23. 4 (Pomponius lib. 15 ad Sab.)

ausgesprochen ist, dass auch in Beziehung auf Dos und Dotalrestitution der Erwerb des Hausvaters durch das Hauskind vor sich geht:

quoniam per filiam patri adquiri potest.

Diejenigen Folgesätze dagegen, die nicht in der Statuirung subjectiver Rechte der Ehefrau bestehen, berühren das Verhältniss zwischen Hausvater und Haustochter nicht, oder erscheinen wenigstens nicht als Ausnahmen gegenüber dem dieses Verhältniss bestimmenden Prinzipie. Dies gilt namentlich von der collatio dotis, welche der Ehefrau obliegt und zwar auch wenn die Ehefrau noch Haustochter ist.

L. 1. § 9. dotis collat. 37. 7. (Ulp. lib. 40. ad Edict.); L. 9 e. t. (Tryphonius lib. 6. Disp.); L. 4. collat. 37. 6. (Africanus lib. 4. Quaest.).

Denn nach Aufgabe und Wesen der Collation kommt es bei solcher nicht auf die formelle Berechtigung zu den zu conferirenden Werthen sondern auf das materielle Angehören derselben an. Die Bestimmung

beweist also zwar das materielle Angehören der Dos an die Ehefrau: aber Weiteres lässt sich aus ihr nicht folgern. Ueberdiess zeigt

L. 2. dotis collatione 37. 7 (Gajus lib. 14. ad Edict. prov.):

Filia in adoptionem data . . . debet . . . non solum bona sua, sed et dotem, quae ad eam pertinere poterit, conferre. si adhuc pater adoptivus vivit, hic necesse habebit conferre.

dass, wenn die väterliche Gewalt zur Zeit der Collation noch fort-dauert, dem Hausvater die Verpflichtung obliegt, Namens der Tochter - Ehefrau und statt solcher zu conferiren ³⁾).

Und wenn weiterhin die oben angeführte L. 7. pactis dot. Dotalverträge an führt, welche die uxor filiafamilias abgeschlossen hat, und die wenigstens eine relative Wirksamkeit haben sollen: so liegt hierin an sich keine Besonderheit, da Hauskinder nicht blos zum Abschlusse erwerbender und verpflichtender Geschäfte sondern auch zur Uebernahme persönlicher Verpflichtungen durch solche Geschäfte durchaus befähigt sind (vgl. § 36 flg.). Dass die Haustochter durch solche Verträge auch den Restitutionsanspruch, welchen der Hausvater aus ihrer, der Tochter Person künftig erwerben kann (die actio adjuncta filiae persona vgl. den nächsten § I. 1), zu modifiziren vermag:

si vero sic pacta sit filia, ut noceat . . . patri nullo modo nocebit, nisi adjecta quoque filiae persona experiatur.
(L. 7. cit.)

scheint freilich zunächst anomal, erklärt sich aber gerade daraus, dass diese actio rei uxoriae bei der Trennung der Ehe dem Hausvater durch die Ehefrau und aus deren Person erworben wird, weist also keineswegs auf eine durante matrimonio vorhandene Berechtigung an der Dos zurück ⁴⁾).

Ebenso verhält es sich mit den Stellen, welche besagen, dass gewisse die Ehefrau betreffende Bestimmungen, wenn jene noch in patria potestate, auf deren Hausvater keine Anwendung finden.

3) Ueber die dotis collatio ist zu vergleichen Fein, das Recht der Collation S. 146 f.; dazu Vangerow, Pand., Anm. 1 zu § 516 und die selbst weiter angeführten Schriften; Brinz, a. a. O. 720 f.

4) Ueber die L. 7 pact. dot. und deren Verhältniss zu der L. 2. § 1. sol. matr. 24. 8 sind zu vergleichen Bechmann, a. a. O. nam. S. 386. Note 2, 387. Note 1; Czyhlarz, a. a. O. S. 311. Note 4.

Denn sie zeigen wohl, dass die *dos durante matrimonio* nicht in derselben Weise *patris familias* ist, wie sie neben dem Rechte des Ehemannes in *bonis mulieris* ist. Diess aber beweist nur einmal dass dieses Angehören nicht zusammenfällt mit der Anwartschaft auf die *Dos* — denn sonst müsste wenigstens die *dos profectitia* neben der Ehefrau auch dem Vater gehören — und weiterhin dass die mit jenen Ausdrücken betonten Beziehungen zwischen Ehefrau und *Dos* nicht gleich Rechten an der *Dos* in Folge der väterlichen Gewalt zu Beziehungen zwischen Hausvater und *Dos* werden. So verhält es sich namentlich mit der *collatio dotis*, die nicht dem Hausvater der Ehefrau obliegt, sondern nur der Ehefrau selbst und zwar auch wenn es sich um eine *uxor filiafamilias* und eine *dos profectitia* handelt.

L. 4. *collat. sup. cit.*

So aber auch mit dem Anspruche auf das *praestare evictionem*, welcher dem Hausvater nur zweifelnd und nur mit Rücksicht auf die *paterna affectio* zuerkannt wird: nicht, wie der Ehefrau-Haustochter auf Grund ihres präsenten, wenn auch nur materiellen Habens der *Dos*.

L. 71. *evict. sup. cit.*

Fragt es sich endlich, ob nicht die *Dotalobligation* schon während Dauer der Ehe vorhanden sei, und ob nicht bejahenden Falles die Ehefrau-Haustochter als das active Subject dieser Obligation erscheine, solche also wenigstens rücksichtlich dieses Forderungsrechtes anomal gestellt sei: so ist davon auszugehen, dass eine direkte und bestimmte Entscheidung darüber, ob *durante matrimonio* ein Rückforderungsanspruch existire, und wem er zustehe, in den Quellen nicht zu finden ist. Ist diess der Fall, so ist es jedenfalls gerechtfertigt, den etwaigen Anspruch derselben Person zuzuschreiben, welcher er nach Lösung der Ehe rechtlich zusteht. Diess aber ist, wie im nächsten Paragraphen dargethan werden wird, nicht die Haustochter, sondern der Hausvater. Die Annahme der Existenz einer *dotis obligatio* während Dauer der Ehe führt demnach keineswegs zu einer Aenderung der bisher gewonnenen Resultate. Indessen legt gerade die Erwägung, dass das Subject der *dotis obligatio* während Dauer der Ehe selbstverständlich nur diejenige Person sein kann, die unmittelbar nach Lösung der Ehe

bei sonst unveränderter Sachlage als Subjekt erscheint, ein nicht ungewichtiges Argument gegen jene Annahme in die Wagschale. Wäre nämlich der Hausvater durante matrimonio actives Subjekt der dotis obligatio, so liesse sich nicht absehen, warum die Frau ohne dessen Zustimmung den Restitutionsanspruch zu Nachtheil des Vaters durch pactum dotale oder Rücknahme der dos sollte ändern beziehungsweise aufheben dürfen,

vgl. die oben abgedruckten Worte aus der L. 7. pact. dot. 23. 4. und L. 20. sol. mat. (Paulus lib. 7. ad Sab.):
 .. et ideo recte ei (mulieri) solvitur: idque et in filia familias observatur.

während ihr doch diese Befugniss nach Lösung der Ehe zweifellos nicht zukommt ⁵⁾ (vgl. hierüber den nächsten § I. Ziff. 1.).

Wie dem übrigens auch sei: keinesfalls nöthigt die dotis obligatio zu der Annahme, dass die filiafamilias uxor während Dauer der Ehe an der dos oder in Beziehung auf die dos ein Recht habe, dessen Existenz eine Durchbrechung des allgemeinen das Familien-güterrecht leitenden Prinzipes und der erste Anfang eines rechtlichen Kindesvermögens wäre.

Hiemit ist nun freilich nicht gesagt, dass die Beziehungen der Ehefrau - Haustochter zu der Dos bedeutungslos seien für die Erfassung der rechtlichen Stellung der Hauskinder und deren allmälige Entwicklung. Spricht sich doch in der Auffassung der Dos als eines patrimonium filiaefamilias, ähnlich wie in der Zulassung eines Peculium, die Anerkennung einer thatsächlichen Selbstständigkeit der Haustochter d. h. einer selbstständigen, von der Existenz und den Zwecken des Hausvaters geschiedenen Existenz und Zweckbestimmung aus. Diese Anerkennung aber bildet allerdings die erste und nothwendigste Voraussetzung der Entwicklung rechtlichen Kindesvermögens.

5) Ueber die im Texte berührte Frage sind zu vergleichen auf der einen Seite (für die Existenz der Dotalobligation) Donellus, Op. Omn. III, 1015; Puchta, Pand. u. Vorlesungen § 420; von Scheurl, a. a. O. VI, 81 fl., XI, 126 fl.; Brinz, a. a. O. S. 1265; auf der andern Seite (gegen diese Existenz) Bechmann, I, 150 f., II, 146 fl., 295 f.; Czychlarz, 212 f.; auch Windscheid § 496. Note 4.

§ 35. Die für die Ehe der Haustochter bestellte Dos (die dos soluto matrimonio).

Nach dem das Familiengüterrecht bestimmenden Prinzipie fällt mit der Lösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung die Dos, soweit sie der *uxor sui juris* herauszugeben wäre, an den Hausvater der noch in der Gewalt befindlichen Frau: für ihn, den Hausvater, entsteht der Anspruch auf Rückgabe der Dos gegen den Ehemann oder dessen Erben (*actio de dote restituenda*) und in sein, des Hausvaters, Vermögen kommt die Gesamtheit der restituirten Dotalobjecte und Dotalwerthe. Würden desshalb die Quellen die *actio de dote* als *actio* der gewesenen Ehefrau oder die *dos restituta* als rechtlich der Ehefrau gehörend aufführen, so wäre wenigstens nach Lösung der Ehe in Beziehung auf die Dos eine entschiedene Durchbrechung jenes Prinzipes zu constatiren: in der *dos filiaefamilias constituta* das erste rechtliche Kindesvermögen zu sehen. Indessen steht nach den Quellen weder die *actio rei uxoriae* noch die *dos soluta* rechtlich der Haustochter zu.

Aber wie sich während Dauer der Ehe die materielle Bestimmung der Dos gegenüber dem allein an der Dos berechtigten Ehemanne geltend macht, so nunmehr dem allein berechtigten Hausvater gegenüber. Und zwar macht sich dieselbe geltend nicht blos in der Redeweise der Quellen, sondern auch in einer Anzahl von Rechtssätzen, welche zum Theil erheblich in die Gestaltung des Verhältnisses eingreifen, aber freilich doch nicht bewirken, dass die gewesene Ehefrau *durante potestate* ein selbstständiges, ihr *de jure* zustehendes Recht und Vermögen hätte.

Beides ist übrigens weder allgemein zugegeben noch nach den Quellen unzweifelhaft, und bedarf desshalb einer näheren Begründung.

I. Das Subjekt der *actio de dote* und der einzelnen Rechte, welche behufs der *solutio dotis* restituirt worden sind, ist während Dauer der väterlichen Gewalt der Hausvater und nur der Hausvater, nicht die Haustochter.

1) Die *dotis actio* ¹⁾

1) Die Ansichten darüber, wem bei Lösung der Ehe der Haustochter die

ist in einer Anzahl von Stellen als *actio* des Hausvaters aufgeführt,

Pater . . habet actionem Ulp. VI. § 6.; lib. 46. ad Sab. (Vat. frag. § 269); lib. 35. ad Sab. (L. 2. § 1. solut. mat. 24. 3).

und in weitem Fragmenten ist es der Hausvater, welcher den Restitutionsanspruch durch Klageerhebung, Zahlungseinforderung und Zahlungsannahme, Delegation u. s. f. geltend macht.

L. 2. § 1 und 2. solut. matr. L. 4 e. t. (Pomponius lib. 15. ad Sabinum); L. 22. § 3, 5, 9 e. t. (Ulp. lib. 33. ad Edictum); L. 31. § 2 e. t. (Julianus lib. 18 Dig.); L. 34 e. t. (Africanus lib. 8 Quaest.); L. 37 e. t. (Ulp. lib. 2. Resp.); L. 66. § 2 e. t. (Javolenus lib. 6. ex Posterioribus Labeonis); Vat. frag. § 116 und 119 u. a. m.

dotis actio zustehe, gehen sehr auseinander. Folgende mögen hervorgehoben werden:

1. Der Hausvater ist das Subjekt der *actio*. Diese Ansicht findet sich bei älteren und neueren Schriftstellern nicht selten, aber ohne nähere Begründung und theilweise ohne scharfe Bestimmung des Rechtes des Vaters im Verhältnisse zu der Tochter. vgl. z. B. Glück, a. a. O. XXVII, 214; Fein, Collation S. 149; Keller, Institutionen S. 181; Voigt, a. a. O. S. 78; Arndts, Zeitsch. f. R.G. VII, 42.

2. Die Haustochter ist das Subjekt der *actio*; der Vater macht sie aber statt derselben geltend — *jure potestatis* oder als Vertreter. So Donellus l. c. § 25, vgl. aber auch § 14 u. 15; Unterholzner, Schuldverh. II, § 554; Mühlenbruch, Doctr. § 270; von Scheurl, a. a. O. VI, 22 ff.; XI, 324 f.; Czychlarz, a. a. O. S. 302 f. Die Incongruenz gegenüber der Concentration allen Rechtserwerbes in der Person des Hausvaters wird zu erklären gesucht bald durch die Annahme, dass sich die in Frage stehende *actio* an die natürliche Persönlichkeit der Frau knüpfe (von Scheurl, a. a. O.), bald durch die Hinweisung auf die familienrechtliche Natur des Anspruches (Czychlarz, a. a. O.).

3. Hausvater und Haustochter sind neben einander Subjekte der *actio*. So die Glosse zu L. 3 sol. mat. (verb. Quae); Cujacius, l. c. V, 1022; Puchta, a. a. O. § 419; Baron, a. a. O. S. 396 ff.; Brinz, a. a. O. 1245 f. Diese Mitberechtigung wird aber wieder verschieden zu erfassen gesucht: von der Glosse und Baron durch die Analogie einer Correalobligation (so auch, wie es scheint, von Cujacius); von Brinz durch das Hereinziehen der procuratorischen Berechtigung.

4. Weder Hausvater noch Haustochter sind berechtigt; vielmehr liegt nur die rechtliche Möglichkeit des Erwerbes einer *actio* vor, in erster Linie für den Hausvater, in zweiter für die Haustochter. Bechmann, a. a. O., nam. S. 299 f.

Die ersteren, vielleicht auch die letzteren Stellen liessen sich nun freilich zur Noth auch dahin verstehen: dass der Vater die actio, die der Haustochter zustehe, statt solcher geltend mache. Allein dieser Auffassung stehen entscheidende Gründe entgegen. Einmal wird bei der actio injuriarum und der querela inofficiosi testamenti, welche — die eine eventuell, die andere unbedingt — dem Hauskinde zustehen (vgl. § 27. I. 1 und IV), ausdrücklich hervorgehoben, dass die actio dem Hauskinde zukomme,

L. 39. § 4. procur. 3. 3. (Ulp. lib. 9. ad Edictum): Si pater filii nomine injuriarum agat, cum duae sint actiones, una patris, altera filii . . .; L. 30. pr. pactis 2. 14 (Gajus lib. 1. ad Edict. prov.); L. 9. Obl. et act. 44. 7. (Paulus lib. 9 ad Sabinum)

dass nomine filii, jure filii geklagt werde;

L. 8. pr. inoff. test. 5. 2. (Ulp. lib. 14. ad Edictum);

L. 22. pr. e. t. (Tryphoninus lib. 17. Disp.);

wie denn auch die querela inofficiosi testamenti mit dem Tode des Hauskindes erlöscht (L. 8. pr. tit. cit.).

Dass derartige Hinweisungen auf ein Vorgehen nomine oder jure filiae bei der actio de dote fehlen, nöthigt nicht blos zu der Ablehnung der sonst nahe liegenden Analogie jener Klagen, sondern spricht auch direkt gegen die Auffassung der actio de dote als einer de jure der Tochter zustehenden Klage. Und noch mehr ist diess der Fall mit der Bestimmung, dass die actio de dote, wenn die Ehefrau nach Lösung der Ehe wegfällt (durch Tod oder capitis deminutio), dem Hausvater auch in den Fällen verbleiben solle, in welchen er kein in eigener Person entstandenes Rückforderungsrecht hat.

L. 22. § 1 sol. mat. (Ulp. lib. 33 ad Edictum), vgl. auch L. 25 pr. ratam rem 46. 8 (Africanus lib. 6 Quaest.); L. 7. pactis dot. 23. 4 (Pomponius lib. 15. ad Sabinum)²⁾.

Weiterhin verlangen die Quellen in den Fällen, in welchen sie ausnahmsweise Klagerhebung durch die Haustochter gestatten, Stellung einer cautio de rato,

2) Bechmann II, 313 u. 314 und in der Qualification der Klage richtiger Czylharz, § 87. Ziff. 4 (S. 312 f.); auch von Scheurl, a. a. O. XI, S. 324.

L. 22. § 4 und 10 sol. mat. (Ulp. lib. 33 ad Edictum)

während, wenn die actio von Rechtswegen der Haustochter zustehen würde, ein Grund zur Cautionsleistung in solchen ausnahmsweisen Fällen offensichtlich nicht vorliegen würde. Der Beweiskraft des Argumentes steht nicht im Wege, dass auch der Hausvater, wenn er ohne Zustimmung der Tochter klagt, de rato caviren muss.

L. 2. § 2. L. 22. § 3 e. t. (Ulp. lib. 35. ad Sab. und lib. 33 -ad Edictum).

Denn diese cautio de rato hat ihren Grund darin, dass der Hausvater, obgleich aus eigenem Rechte klagend, doch nur consentiente filia klagen kann (vgl. hierüber II. 1. a); ist also bestimmt, diese Zustimmung zu ersetzen, und wird nicht verlangt, wenn der Hausvater ausnahmsweise ohne die Zustimmung der Tochter zu klagen befugt ist, — also nicht verlangt gerade in dem der ausnahmsweisen

2. Klaganstellung Seitens der Tochter parallel laufenden Falle.

Ferner lässt sich zum Beweise der aufgestellten Ansicht anführen, dass eine Disposition der Tochter über den Rückforderungsanspruch keinen Einfluss auf dessen Existenz hat,

L. 2. § 1. sol. mat. 24. 3. . . Item si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri . . . et puto nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiae persona potest habere.

während solche allerdings der selbstständig gewordenen und nunmehr klagenden Tochter gegenüber wirksam wird.

quodsi sui juris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio.

Wäre nämlich die Tochter rückforderungsberechtigt, so dass der Hausvater nur nomine und jure filiaefamilias klagen könnte, so liesse sich zwar wohl denken, dass jeder Dispositionsakt, welchen die Haustochter für sich allein vornimmt, ungültig wäre: aber dass ein solcher Akt einer Seits der Haustochter zu schaden vermag, anderer Seits das Recht des Hausvaters nicht berührt, ist dann, wenn der Hausvater aus dem Rechte der Haustochter klagt, nicht erklärlich. Zur Begründung dienen

L. 1. § 5. injuriis 47. 10. (Ulp. lib. 56. ad Edict.), L. 30. pr. pactis 2. 14. (Gajus lib. 1. ad Ed. prov.),

insoferne nach diesen Stellen durch Zustimmung und Verzicht des

injurirten Hauskindes diejenige *actio injuriarum*, welche dem Hausvater *ex jure filii* zusteht, beseitigt, und nur diejenige unberührt gelassen wird, welche der Hausvater auf Grund der in der Beleidigung des Hauskindes liegenden Verletzung der eigenen Ehre anstellen kann. Die

L. 7. pact. dot. 23. 4. (Pomponius lib. 15. ad Sab.)

aber gibt keinen Gegenbeweis. Denn dass nach ihr die *durante matrimonio* von der Ehefrau geschlossene Vereinbarung auch die *actio adjuncta filiae persona affizit*, erklärt sich einfach daraus, dass die *actio de dote restituenda* — soweit es sich nicht um den selbstständigen Anspruch des Hausvaters auf die *dos profectitia* handelt — dem Hausvater durch die Haustochter erworben wird, also auch nur mit denjenigen Modificationen erworben werden kann, welche vor der Entstehung der *actio* durch die Ehefrau in Beziehung auf die *Dos* herbeigeführt worden sind.

Stellen, wie

L. 3., L. 22. § 1. sol. mat. 24. 3. (Paulus lib. 7. ad Sab.,
Ulp. lib. 33. ad Edictum) u. a. m.

zeigen ferner, dass der Uebergang der *dos soluta* in das Vermögen des Hausvaters nicht bloß aus formellen Gründen nicht abzuwendender Erfolg der Anstellung der *actio de dote*, sondern einer der materiellen Zwecke dieser Klage ist: bei solchem materiellen Zwecke aber musste es ferne genug liegen, die formelle Regel zu durchbrechen, und die *actio* der Haustochter von Rechtswegen zukommen zu lassen.

Endlich wird die Klage, welche der Tochter nach Lösung der Gewalt zukömmt, in den Quellen direkt als eine Klage bezeichnet, die ihr von jetzt, von der Lösung der Gewalt an, zukomme, was wiederum gegen die Annahme spricht, dass schon zuvor die Haustochter das Subjekt des Restitutionsanspruches gewesen sei.

L. 44. § 1. sol. matr. (Paulus lib. 5. Quaest.): *cum filia aliis a patre heredibus institutis actionem de dote sua recipienda habere coeperit . . .*

Allerdings fehlt es nun auch nicht an Aussprüchen und Bestimmungen, welche — wenigstens dem ersten Anscheine nach — die Ansicht unterstützen, dass der Anspruch auf Restitution der *Dos* rechtlich der Ehefrau zustehe und nur seine Geltendmachung jure

potestatis dem Hausvater derselben zukommen könne. Indessen erklären sich die meisten der betreffenden Stellen und Sätze aus der auch nach der Ehe fortdauernden materiellen Beziehung der Dos zu der gewesenen Ehefrau und kommen unter II. 1. zur Erörterung. Und überdiess zeigt *Julianus* (lib. 54. Digestorum), wie wenig solche zur Adoption jener anderen Ansicht nöthigen: wenn er bei einer Gelegenheit, bei welcher gerade die Einwirkung der Haustochter auf den Restitutionsanspruch in Frage steht, diesen Anspruch in der bestimmtesten Weise als einen Anspruch des Hausvaters auffasst und die Tochter nur als quasi socia ansieht, als gewisser Massen mitbetheiligt bei dieser Obligation des Hausvaters:

quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset (L. 34. § 6. solut. 46. 3).

Nur einige wenige der Stellen, welche die Berechtigung der Tochter zu constatiren scheinen, stehen ausser Zusammenhang mit der unter II. 1. aufzuwerfenden Frage. Die eine derselben (L. 8. cap. min.) ist bereits besprochen (vgl. § 27. II. Z. 2.); die anderen mögen hier noch mit einigen Worten berührt werden. Hiezu gehört die

L. 45. sol. mat. (Paulus lib. 6. Quaest.)

welche die Klage (allerdings die actio ex stipulatu) direkt der unter potestas stehenden Enkelin zuweist,

sed permittendum est nepti . . . utilem actionem habere.

allein nicht im Gegensatze zu ihrem Hausvater, sondern zu den Erben des Bestellers: so dass die Annahme gerechtfertigt ist, die Stelle wolle nicht bestimmen, ob die Klage der Enkelin oder durch sie ihrem Grossvater zukomme, sei also auch hieher ohne Bedeutung³⁾. Ferner die

L. 39. § 3. proc. 3. 3. (Ulp. lib. 9. ad Edictum)

welche, indem sie dem de dote klagenden Vater die Verpflichtung zur defensio der Tochter auferlegt, die Klage als eine in Stellvertretung der Tochter angestellte zu betrachten scheint; ihre befriedigende Erklärung aber in

L. 3. § 4. act. rer. am. 25. 2. (Paulus lib. 7. ad Sab.): Sed si pater adjuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio . . . defendat.

3) Fein, Collation S. 149. Note 7.

findet. Endlich die

L. 34. § 5. leg. II. (Modestinus lib. X. Resp.)
welche aber nicht sagt, dass die actio mulieris nicht consumirt sei,
~~sondern dass die actio für die Ehefrau nicht durch Consumtion ver-~~
loren sei, sich also aus dem Satze unter II. 1. c. erklärt.

2) Dos soluta.

Dass die Sachen und Rechte, mittelst welcher die Verpflichtung zur Restitution abgetragen wird, rechtlich in das Vermögen des Hausvaters und nur in dieses Vermögen kommen, kann kaum zweifelhaft sein, obwohl es die Quellen nirgends sagen ⁴⁾.

Denn die Regel des vorclassischen und classischen Rechtes ist die Vermögenslosigkeit der Hauskinder: sollte sie hier nicht zutreffen, so müsste sich für die Annahme ein Anhaltspunkt in den Quellen finden; an einem solchen fehlt es aber gänzlich. Diess gilt selbst für den Fall, dass die actio de dote von Rechtswegen der Haustochter zustehen würde: wenn in dieser Richtung die in Z. 1. vertretene Ansicht richtig ist, unterliegt die Conclusion ohne-
diess keinem Anstande. Uebrigens finden sich auch, wenn gleich kein direkter Ausspruch, so doch Anhaltspunkte für solche in den Quellen.

So der Ausspruch der

L. 22. § 1. sol. matrimonio 24. 3.

dass der Hausvater verlangen könne,

ut dos ipsi solvatur vgl. auch L. 34. e. t.

So die Entscheidungen, aus denen resultirt, dass die dos soluta zu dem Nachlasse des Hausvaters gehört:

4) Die ältere Ansicht war nicht selten entgegengesetzt, d. h. ging dahin, dass die dos soluta der uxor filiafamilias rechtlich gehöre, vgl. z. B. Donellus, Op. Om. III, 1042; Glück, a. a. O. S. 214; wie es scheint auch Cujacius, Op. Omn. I, 1364. Neuerdings ist solche allgemein verlassen, namentlich nach dem Vorgange von Francke, civ. Abh. S. 189 und civ. Archiv XXVI, S. 416 f.; vgl. ausserdem Bechmann II, 299 f.; Czyhlarz, a. a. O. S. 311 f. Doch wird die gewöhnliche Anschauung, mit welcher die im Texte vertretene übereinstimmt, nicht getheilt von Baron, a. a. O. S. 398, der Gesamteigenthum und Gesamtbesitz an der dos communis annimmt, ohne freilich hiefür etwas Anderes anführen zu können, als den überdiess nirgends auf die dos soluta sich beziehenden Ausdruck »dos communis«; und — übrigens mehr den Worten nach, als in Wirklichkeit — von Brinz, S. 1247, der die dos filiafamilias in ähnlicher Weise als Vermögen der Tochter auffasst, wie durante matrimonio als Vermögen der Ehefrau.

L. 66. § 2. e. t. (Javolenus lib. 6. ex Poster. Labeonis.)

L. 14. pr. ad leg. Falc. 35. 2. (Papin. lib. 9. Respons.)

So die Entscheidung der

L. 81. pro socio 17. 2. (Papinianus lib. 9. Quaest.)

wornach die Dos, welche von einem in allgemeiner Gütergemeinschaft stehenden Vater bestellt worden ist, im Falle der Scheidung der Ehe in die Gesellschaftskasse zurückfällt.

vgl. ausserdem L. 12. C. comm. utriusque iudicii 3. 38. (Imp. Justinianus A. ad Senatium): .. et hoc, quod dedit, iterum in eundem revertatur...

res, quae ad patrem reversae sunt vel pervenerunt.

Die Quellenaussprüche dagegen, welche die ältere Jurisprudenz nicht selten zu der entgegengesetzten Aufstellung veranlassten:

L. 3. § 5. min. 4. 4. (Ulp. lib. 11. ad Edictum); L. 71. evict.

21. 2. (Paulus lib. 16. Quaest.)

beziehen sich auf die Gestaltung der Dos theils durante matrimonio theils während Bestehens der actio de dote und lassen eine Uebertragung hieher nicht zu.

Die Quellen drücken sich denn auch bezüglich der Gestaltung nach Lösung der Ehe ganz anders aus: nunmehr ist ihnen die Dos nicht mehr res uxoris, nicht mehr in bonis mulieris, sondern communis, patri et filiae communis. Diese Bezeichnungswiese selbst aber rechtfertigt in keiner Weise die Annahme einer Berechtigung der Haustochter an der Dos, eines rechtlichen Angehörens der Dos an die Haustochter oder an Haustochter und Hausvater (vgl. hierüber unten).

II. Der Anspruch auf Restitution der Dos nach Lösung der Ehe ist keine selbstverständliche Consequenz des Dotalbegriffes, auch nicht gegründet auf stillschweigende Vereinbarung bei der Bestellung der Dos. Er ist vielmehr entstanden um der Frau und um deren Interessen und Bedürfnisse willen, und erscheint desshalb nach classischem Rechte, abgesehen von der dos profectitia, nur als begründet, wenn die Ehefrau die Lösung der Ehe überlebt ⁵⁾.

Die Frau, welcher während der Ehe die Dos die Stelle eines

5) Bechmann, a. a. O. I, S. 47 f., 78 f., 150 f., II, 146 f.; Czychlarsz, a. a. O. S. 32 f.

eigenen Vermögens vertritt, soll auch nach Lösung der Ehe in der Dos ihr Vermögen finden und haben: soweit sie eines solchen bedarf und ein solches haben will. Eines eigenen Vermögens bedarf sie nur wenn sie entweder nicht unter der Gewalt ihres Hausvaters steht oder sich wieder verheirathet — unter der ersten Voraussetzung als Grundlage der nunmehr nothwendig gewordenen selbstständigen Existenz, im zweiten Falle behufs der Bestellung einer Dos für die neue Ehe. Ein eigenes Vermögen will sie aber nur, wenn sie es nicht vorzieht, mit den Erben des Ehemannes, die in der Regel die gemeinschaftlichen Kinder sein werden, in faktischer Gemeinschaft des Vermögens und Hauswesens zu leben.

Diese materielle Bestimmung der Dos steht nun in keiner Weise der Entstehung der *actio rei uxoriae* als einer *actio* des Hausvaters entgegen (I. 1.) und ebenso wenig dem Uebergange der *dos restituta* in das Vermögen des Hausvaters (I. 2.): denn als *filiafamilias* bedarf die unverheirathete Tochter kein eigenes Vermögen; die Vermehrung des *Patrimonium* durch die Dos vermehrt vielmehr dasjenige Vermögen, das auch für ihre Zwecke und Interessen vorhanden ist (vgl. oben § 25.). Aber sie erklärt, wenn Fürsorge getroffen ist einmal dahin: dass die Dos nicht gegen den Willen der Ehefrau dem Ehemanne und dessen Erben entzogen wird; und dann: dass bei Lösung der väterlichen Gewalt oder im Falle der Wiederverheirathung der Haustochter die Dos der letzteren zukommt beziehungsweise verbleibt.

1) *actio rei uxoriae*.

Der Restitutionsanspruch soll nicht gegen den Willen der Haustochter geltend gemacht werden können, und derselben, wenn sie diess will, erhalten bleiben, bis sie ihn selbst geltend machen kann. Diess geschieht im Wesentlichen dadurch, dass jeder Dispositionskt des Hausvaters, welcher den Anspruch aufheben würde, von der Zustimmung der Haustochter abhängig gemacht und der Anspruch selbst, wenn er bei der Lösung der Gewalt noch vorhanden ist, der Tochter überwiesen wird. Im Einzelnen ist nämlich

a) die Erhebung und Durchführung der Klage, die Annahme der Restitution, die Zerstörung des Anspruches durch Delegation und Novation nur unter Zustimmung der Tochter (*consentiente filia*) mit voller Wirksamkeit möglich.

Diess ist ausgesprochen in Beziehung auf die Klagerhebung, welche nach der technischen Bezeichnungsweise *adjuncta filiae persona* zu geschehen, und in der Formel der *filia* in bestimmter Weise (L. 22. § 9. *soluto mat.: intendere sibi filiaeve suae reddi dotem*) zu erwähnen hat;

L. 2. § 1. und 2., L. 3., L. 4., L. 22. § 1. 3. 5. 9., L. 31.

§ 2., L. 34., L. 42. *pr. soluto mat.* 24. 3.; L. 2. 7. 10.

C. e. t. 5. 18. u. a. m.

in Beziehung auf die Tilgung der *actio* durch Zurückgabe der zu restituirenden *Dos* (*Solutio*);

L. 3. und L. 4., L. 22. § 1., L. 37., L. 66. § 2. und § 6. e. t. in Beziehung auf *Delegation* und *Novation*.

L. 2. § 1., L. 66. § 2. h. t. vgl. auch L. 29. e. t.

Das nähere Detail interessirt hier nicht. Doch mag bemerkt werden:

Die Zustimmung der Tochter kann durchaus formlos ausgesprochen werden. Diese Formlosigkeit macht möglich, eine Zustimmung aus dem bloßen Stillschweigen der mit dem Vorhaben des Vaters bekannten Tochter zu folgern;

L. 2. § 2. *sol. mat.* (Ulp. lib. 35. ad Sab.)

wird aber überdiess von der römischen Jurisprudenz dazu benützt, um da, wo das Verlangen der Zustimmung dem wirklichen Interesse der Frau, also dem Ausgangspunkte ihres Zustimmungsrechtes, widersprechen würde, die Nothwendigkeit der Zustimmung zu beseitigen. Diess zeigt die eben angeführte L. 2. § 2. h. t., welche den Vater der geisteskranken Tochter unbedenklich die *actio de dote* anstellen lässt:

quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem vgl. auch L.

22. § 9. e. t.

Diess zeigt weiterhin

L. 22. § 6. e. t.

welche wenigstens in dem hieher bezüglichen Satze:

Quod si is pater sit, cui omnimodo consentire filiam decet, hoc est vitae probatae, filia levis mulier vel admodum juvenis vel nimia circa maritum non merentem, dicendum est patri potius adquiescere Praetorem oportere dareque ei actionem.

ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme einer Corruption oder Interpolation nicht darbietet, und unter dieser Voraussetzung den direkten Beweis des vorausgeschickten Satzes liefert, nämlich beweist, dass im wohlverstandenen Interesse der Tochter über ihre Zustimmung weggesehen und diess durch die Annahme einer in Wirklichkeit fehlenden Zustimmung formell motivirt worden ist (*cui omnimodo consentire filiam debet*).

Diess zeigt endlich

L. 37. e. t. (Ulp. lib. 2. Respons.)

welche, wie die Schlussworte

maxime quum ab eo postea ampliore summa dotata sit.

beweisen, nicht von einer wirklichen Schlussfolgerung spricht: denn für solche müsste ein nachträglich eingetretenes Ereigniss nothwendig bedeutungslos sein. Ist dem aber so, so ergibt sich aus ihr, dass dem Vorhandensein von *causae contradicendi* eine selbstständige Bedeutung zukömmt:

Dotem voluntate filiae videri patrem recepisse, quum causas contradicendi ei filia non haberet.

Ob die Jurisprudenz soweit gegangen ist, auf das wahre Interesse der Frau auch dann zu recurriren, wenn sie ausdrücklich widersprochen hatte, steht hiemit allerdings noch nicht ausser Zweifel⁶⁾. Allein auch wenn diese Consequenz nicht gezogen worden sein sollte, beweisen doch die angeführten Präsumtionen die Richtigkeit des hier eingenommenen Standpunktes.

In ähnlicher Weise von principieller Bedeutung ist die Bestimmung, dass die Zustimmung bis zu dem in Frage stehenden Dispositionsakte jeder Zeit zurückgezogen werden kann, die Disposition also nur dann *consentiente filia* vorgenommen ist, wenn zur Zeit der Disposition die Haustochter einverstanden ist beziehungsweise als einverstanden präsumirt werden kann.

L. 22. § 5. vgl. auch L. 66. § 2. sol. mat.

6) Die ältere Jurisprudenz nimmt diess unbedenklich an, vgl. z. B. Donnellus, l. c. c. 17—19; Unterholzner, a. a. O. bei Note n und o; dagegen Bechmann, a. a. O. S. 310 f. und Czyhlarz, a. a. O. S. 309 f. nicht nur diese Frage verneinen, sondern überhaupt über das Requisit der Zustimmung nicht hinausgehen; vgl. auch von Scheurl, a. a. O. S. 311. Der hauptsächlichste Grund ist die angebliche Interpolation von L. 22. § 6 cit.

Denn diese Wirkungslosigkeit einer vor dem Dispositionsakte abgegebenen Zustimmung macht es unmöglich, letztere als Verzicht auf ein der Tochter zustehendes Recht aufzufassen; also auch unmöglich aus der Nothwendigkeit der Zustimmung auf ein selbstständiges Recht der Tochter zurückzuschliessen. Diess aber ist von Bedeutung, weil die Bestimmungen über die Bedeutung eines ohne Zustimmung der Tochter vorgenommenen Dispositionsaktes beziehungsweise eines Dispositionsaktes der Tochter ohne Zustimmung des Vaters eine derartige Auffassung nahe zu legen scheinen.

Wenn nämlich der Hausvater einen Dispositionsakt ohne Zustimmung der Tochter vorgenommen hat, so ist er nicht nichtig, sondern kann nur der Befugniss der Tochter nicht präjudizieren, unter gewissen Voraussetzungen beziehungsweise nach gewissen Ereignissen den Anspruch selbst und für sich geltend zu machen (vgl. unten c. und d.).

L. 2. § 1. sol. mat.: *Ceterum si pater solus jussit, dotis actio filiae non erit adempta, quandoque sui juris filia fuerit facta.*
vgl. auch L. 3. und L. 4. e. t.

Und wenn die Tochter ohne Zustimmung des Hausvaters einen Dispositionsakt vornimmt, beseitigt sie zwar dessen actio nicht — weder die *actio adjuncta filiae persona*, noch den Anspruch, den der Vater nach Wegfall der Tochter für sich allein ausüben kann —, präjudizirt aber sich selbst: so dass sie weder jetzt noch später (c. und d.) mit Erfolg klagen kann.

L. 2. § 1. cit. *quod si sui juris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio.* vgl. auch L. 3. und L. 22. § 1. e. t.

Dass diese eigenthümlichen Wirkungen die Auffassung unmöglich machen, welche den Hausvater als den Vertreter der Haustochter ansieht, ist schon bemerkt worden (vgl. I. 1.). Ist es nun weiterhin nicht möglich, ein selbstständiges Klagerecht der Tochter neben dem Klagerechte des Hausvaters anzunehmen, und einer Seits die Wirkungslosigkeit der einseitigen Handlungen des Vaters, anderer Seits die Wirksamkeit der einseitigen Handlungen der Tochter daraus zu erklären, dass über die actio der Tochter nur diese selbst zu disponiren vermag: so liegt eine andere Erklärung nahe, welche mit dem oben auseinandergesetzten Ausgangspunkte harmonirt und solchen zu festigen geeignet ist.

Es handelt sich darum, die Dos der gewesenen Ehefrau für den Fall eintretenden Bedürfnisses zu erhalten. Dieses Bedürfniss tritt zunächst ein, wenn die väterliche Gewalt sich löst, die Tochter also eigenes Vermögen haben sollte. Ihm wird dadurch entsprochen, dass in solchem Falle die noch vorhandene actio de dote nicht auf die Erben des Vaters übergeht, sondern der Tochter zugewiesen wird (vgl. unten c.). Aber soll diese Aussicht für die Tochter Werth haben, so darf es dem Vater nicht zustehen, die actio aufzuheben, und hiemit den schliesslichen Anfall an die Tochter unmöglich zu machen. Um der Tochter die Möglichkeit des dereinstigen Anfalles der actio de dote zu erhalten, ist also in erster Linie ihre Zustimmung zu den Dispositionsakten verlangt. Ist diess der Fall, so ist es erklärlich: einmal, dass ein Akt der Tochter, durch welchen sie selbst jenen dereinstigen Anfall unmöglich zu machen bestrebt ist, diesem Anfall oder der Wirksamkeit der angefallenen actio im Wege steht; und dann, dass der einseitige Dispositionsakt des forderungsberechtigten Vaters zwar die von ihm ausgehende Klaganstellung, nicht aber den Anfall an die Tochter und folgeweise nicht die actio selbst zu beseitigen vermag. Aber auch für den zweiten Bedürfnissfall ist wenigstens incidenter und in der grossen Mehrzahl von Fällen gesorgt. Denn dass es im Allgemeinen üblich war, die noch ausstehende Dos im Falle der Wiederverheirathung wieder zur Dos zu bestellen, wird ohne Bedenken angenommen werden können.

vgl. auch L. 4., 32., 37. sol. mat. und unten auf S. 335.

Wenn nun beachtet wird, wie rasch die Wiederverheirathungen in den späteren Zeiten der Republik und in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit sich zu folgen pflegten ⁷⁾, und dass selbst nach gesetzlicher Vorschrift diese Wiederverheirathung vor Ablauf der dem Manne und seinen Erben zu Gute kommenden ~~Restitutionspflichten~~ erfolgen musste (Ulp. XIV. vgl. mit VI. 8.), so liegt auf der Hand, dass das Verbot der einseitigen Einklagung, namentlich aber der verführten Einziehung durch Rücknahme, Delegation, Novation u. s. f., die Aussicht der Haustochter auf die Wiederbestellung der früheren

7) Belege vgl. bei Rein, das Privatrecht der Römer, S. 451 ff. und aus den Digesten: L. 4, L. 30 pr., L. 32, L. 38, L. 66. § 5 sol. mat.; L. 64 jur. dot. u. a. m.

Dos wesentlich unterstützen musste. Und auch der Möglichkeit, die Dos den Erben des Ehemannes, also namentlich den gemeinschaftlichen Kindern zu erhalten, die von selbst aus der Nothwendigkeit des Consensus resultirt, ist — unerachtet der Einwirkung der Dispositionsakte des Vaters auf die *actio adjunctae filiae persona* — ausreichend Rechnung getragen, insoferne der Restitutionspflichtige die von ihm einseitig an den Hausvater gemachte Zahlung condiziren, überhaupt den Akt rückgängig machen, also sich die Dos erhalten kann.

L. 34. § 6. solut. 46. 3. (Ulp. lib. 7. Disput.)

Endlich mag noch hervorgehoben werden, dass trotz der fehlenden Zustimmung zu dem Dispositionsakte des Hausvaters die *actio dotis* für die Haustochter werthlos ist: wenn die restituirte Dos oder ihr Werth durch den Hausvater direkt oder in der Form der Dotalbestellung für eine weitere Ehe an die Haustochter gekommen ist.

L. 4. sol. mat. 24. 3. (Pomponius lib. 15. ad Sab.) Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset et eandem alii viro ejus filiae nomine dedisset et mortuo patre filia cum priore viro ageret, doli mali exceptione repellitur.

L. 22. § 3. e. t. Si pater filia absente de dote egerit . . filiae denegari debet actio, sive patri heres extiterit, sive in legato tantum acceperit, quantum doti satis esset. et ita Julianus pluribus locis scribit compensandum ei in dotem quod a patri datur lucroque ejus cedit, si tantum ab eo consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur a marito qui patri solvit.

vgl. ausserdem L. 37. e. t. (Ulp. lib. 2. Resp.); L. 34. § 5. leg. II. (Modestinus lib. 10. Resp.)⁸⁾.

Denn diese Bestimmungen, namentlich die Entscheidung der abgedruckten L. 22. § 3., zeigen, dass es sich bei dem Verlangen der Zustimmung der Tochter und der Einräumung einer *actio* an die letztere soluta potestate nicht um Consequenzen einer Berechtigung handelt, welche der Tochter von Rechtswegen zusteht und nur vermöge der Potestas von dem Vater auszuüben ist; sondern ledig-

8) Ueber L. 14 pr. ad leg. Falc. 35. 2 (Papinianus, lib. 9 Resp.) und darüber, dass deren Inhalt nicht im Widerspruche steht mit den im Texte angeführten Stellen, vgl. Cujacius, Op. Omn. IV, 1216.

lich um der Erreichung eines materiellen, an sich ausserhalb der Dos gelegenen Zweckes: könnte doch sonst der Erwerb von Werthen, die ausser allem Zusammenhange mit der Dos stehen, aber allerdings der Tochter diejenigen Dienste thun, um deren willen ihr die Dos vorbehalten werden will, weder der Tochter ihre actio rei uxoriae entziehen, noch dem Beklagten eine exceptio doli verschaffen.

b) Soll die actio de dote während Dauer der väterlichen Gewalt angestellt werden, und der Hausvater kann um eines in seiner Person zutreffenden Hindernisses willen die Klage nicht erheben — weil er geisteskrank, oder abwesend oder gefangen und in allen diesen Fällen ein Vertreter nicht vorhanden ist — so kann die Tochter selbst gegen Leistung einer cautio de rato die Klage erheben ⁹⁾.

L. 22. § 10. und 11. sol. mat. (Ulp. lib. 33. ad Edictum);

L. 8. pr. proc. 3. 3. (Ulp. lib. 8. ad Edictum).

Das Gleiche gilt von der Zahlungsannahme, und wohl auch von den anderen, die actio de dote beseitigenden Dispositionsakten:

L. 22. § 4. sol. mat. . . filiae satis dotis fieri oportet . . . vgl.

auch L. 22. § 1. cit. und L. 65. solut. 46. 3. (Pomponius lib. 1. ex Plant.)

Dass die Tochter in allen diesen Fällen als präsumtive Bevollmächtigte des Hausvaters handelt, zeigt das constant festgehaltene Verlangen der Cautionsleistung.

vgl. z. B. L. 22. § 10. cit. mit L. 2. § 2. e. t. und dazu L. 33. § 3. proc. 3. 3.

Der Grund aber für diese Ausnahme von der regelmässigen Unfähigkeit der Frauenspersonen zur Vertretung (L. 54. proc. 3. 3. u. a. m.) ist die Rücksicht auf das eigene Interesse der Haustochter an der Erhaltung und rechtzeitigen Beitreibung der Dos, nicht die Rücksicht auf das Interesse des Vaters; denn diese letztere Rück-

9) Ueber das exceptionelle Klagerecht der Tochter sind zu vergleichen: Savigny, System II, 116, der die Tochter in den einen Fällen in eigenem Namen, in den anderen als präsumtive Bevollmächtigte auftreten lässt; Bechmann, a. a. O. S. 309, der die Tochter allgemein als Bevollmächtigte des Vaters betrachtet, und in ihrer Zulassung zur Klagerhebung unter Leistung einer cautio de rato keine Besonderheit sehen will; Czychlarz, a. a. O. S. 305. Note 4, der das Klagerecht der Tochter als eigenes Recht derselben ansieht, als einen Ausfluss der communio. vgl. auch oben Note 1.

sicht führt keineswegs in jedem Verhinderungsfalle ohne Weiteres zur Vertretungsbefugniß der Tochter;

L. 41. proc. 3. 3. (Paulus lib. 9. ad Edictum): *Feminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita . . .*

während die L. 8. pr. e. t. sagt:

quo casu solet filiae competere de dote actio.

und auch L. 22. § 10. und 11. sol. mat. ohne alle Bezugnahme auf das Bedürfniss des Vaters der Tochter die Klage zusprechen.

So wie die Quellen des classischen Rechtes in der justinianischen Compilation lauten, geht jene Rücksicht noch weiter, nämlich dahin: der Tochter die Klaganstellung und Zahlungsannahme unter Umständen selbst dann zu gestatten, wenn der Hausvater an deren Vornahme nicht verhindert ist. Und zwar soll die Klagenerhebung beziehungsweise die Aufstellung eines Klagbevollmächtigten nach

L. 8. pr. proc. 3. 3. (Ulp. lib. 8. ad Edictum)

gestattet sein, wenn der Vater *suspectae vitae* ist; die einseitige Zahlungsannahme aber liberirende Wirkung haben:

si non perditurae (filiaefamilias) et ex justis causis soluta sit (dos) — L. 22. § 1. cit.

d. h. es soll darauf ankommen, ob überwiegende Gründe in der Person entweder der Haustochter oder des Hausvaters im Interesse der Erhaltung der Dos es wünschenswerth erscheinen lassen, dass die Tochter über die Beitreibung der Dos verfügt. Dieses Resultat aber wird dadurch unterstützt, dass nach L. 22. § 6. sol. mat. dem Hausvater, der klagen will, die actio verweigert werden soll:

si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat.

Denn nicht nur dass diese Bestimmung ganz in derselben Weise wie die L. 8. pr. proc. 3. 3. und die L. 22. § 1. sol. mat. auf das Interesse der Haustochter an der Erhaltung der Dos als auf die ultima ratio zurückweist, musste sich an die *denegatio actionis* gegenüber dem Vater häufig genug die Zulassung der Tochter zur Klage anschliessen, wenn nicht jene Verweigerung schliesslich zum Verluste der Dos führen sollte.

Nun ist es freilich keineswegs ausser Zweifel, ob nicht L. 22. § 6. cit. corrumpt, beziehungsweise interpolirt, und L. 8. princ.

cit. interpolirt ist — was namentlich Bechmann (Dotalrecht II. S. 310., 315. fl.) aus inneren und äusseren Gründen behauptet und scharfsinnig durchführt. Allein durchschlagend sind die Gründe Bechmanns doch nicht. Diess sollte keinen erheblichen Zweifeln begegnen, sobald nur die ganze Frage unter den hier vertretenen Gesichtspunkt gebracht wird, unter welchem sich jene Bestimmungen nicht als unerklärliche Singularitäten, sondern als consequente Weiterführung des der Hereinziehung der Tochter überhaupt zu Grunde liegenden Principes herausstellen; sobald weiterhin beachtet wird, dass auch das rein thatsächliche Behalten und Innehaben der Dos Seitens der Haustochter solcher eine ausreichende Sicherheit gegen die Verschleuderung durch den Vater verschaffen konnte; und sobald endlich ins Auge gefasst wird, dass die L. 22. § 1. cit. mit Grund weder für interpolirt und corruptirt gehalten (Czyhlarz Dotalrecht § 87. Note 4.) noch durch Beziehung auf die *exceptio doli* (Bechmann a. a. O. S. 413) erklärt werden kann, unter dieser Voraussetzung aber den Gedanken, der in die zwei anderen Stellen erst durch Interpolation gekommen sein soll, in unverdächtiger und unzweifelhafter Weise ausspricht.

Wie dem übrigens auch sei: jedenfalls spricht die Zulassung der Haustochter zur Klagerhebung und Zahlungsannahme, und die nähere Gestaltung dieser Befugniss dafür dass die gewesene Ehefrau ein Interesse an der Erhaltung und Beitreibung der Dos hat, und dass das römische Recht aus diesem Interesse rechtliche Folgerungen gezogen hat.

e) Wenn die Haustochter während Dauer der Gewalt stirbt, so fällt die *actio de dote* nicht weg, sondern verbleibt dem Hausvater und kann nunmehr von solchem frei und unbeschränkt ausgeübt werden.

L. 22. § 1.: *patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur*..; L. 7. *pactis dot.* 23. 4. (Pomponius lib. 15. *ad Sab.*); L. 25. *pr. ratam rem* 46. 8. (Africanus lib. 6. *Quaest.*)

Diess ist folgerichtig, wenn die Zustimmung der Frau nur zur Wahrung eines höchstpersönlichen, desshalb mit der Person wegfallenden Interesses der Frau verlangt wird; wäre dagegen wenig gerechtfertigt, wenn der Restitutionsanspruch selbst als ein Anspruch

der Frau, und namentlich als ein der Frau um ihrer höchstpersönlichen Interessen willen gegebenen Anspruch zu betrachten wäre ¹⁰⁾.

vgl. auch L. 8. pr. inoff. test. 5. 2. (Ulp. lib. 14. ad Edictum): ..Sequenti loco scribit (Papinianus): si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.

Kann hienach in jenem Satze eine Bestätigung der unter a) vertretenen Auffassung gefunden werden, so tritt eine selbstständige und wichtige Folgerung aus dem an die Spitze gestellten Principe in der parallel laufenden Bestimmung hervor, dass der Anspruch der Tochter zusteht, wenn während seines Bestehens die väterliche Gewalt durch Tod beziehungsweise capitis deminutio des Vaters oder Emancipation der Tochter gelöst und die Tochter sui juris wird.

L. 2. § 1. s. m. . . . dotis actio filiae non erit adempta, quandoque sui juris filia fuerit facta.

L. 4. e. t. . . et mortuo patre filia . . ageret. L. 42. pr. e. t. (Papinianus lib. 4. Resp.).

L. 44. pr. u. § 1. e. t. (Paulus lib. 5. Quaest.)

L. 66. § 2. e. t. (Javolenus lib. 6. ex Poster. Lab.).

Die Klagebefugniss der gewesenen Haustochter würde nun — diess kann nicht in Abrede gestellt werden — ihre einfachste Erklärung in der Annahme finden, dass schon während der Dauer der Gewalt sie, die Tochter, die Gläubigerin, der Vater aber nur jure potestatis zur Anstellung der Klage berufen und befähigt sei. Denn unter dieser Voraussetzung wäre das Verbleiben des Anspruches bei der Tochter im Falle der Lösung der Gewalt eine selbstverständliche und nothwendige Consequenz. Indessen, wenn aus anderen Gründen diese Auffassung als unzulässig erscheint, so steht Nichts im Wege, den Satz aus der Erfassung der materiellen Bestimmung der Dos zu erklären. Ist einmal erkannt, dass die Dos nicht allein dazu bestimmt ist, die pecuniäre Basis der Ehe zu bilden,

10) Diess spricht namentlich gegen die Versuche, die Eigenthümlichkeiten der dos communis aus der Anknüpfung an die natürliche Persönlichkeit (von Scheurl), oder aus dem Wesen der actio de dote als eines familienrechtlichen Anspruches (Czyhlarz) zu erklären. Im Uebrigen ist über die Natur der übrig bleibenden actio namentlich zu vergleichen Czyhlarz, S. 312 u. 313.

sondern auch nach Lösung der Ehe das Vermögen der gewesenen Ehefrau abzugeben, so ist der nächste und natürliche Schritt, dass die durante potestate dem Hausvater zustehende *actio de dote* in jedem Falle der Lösung der Gewalt der gewesenen Ehefrau und Haustochter überlassen wird. Die väterliche Gewalt steht nicht entgegen: denn sie wird als gelöst vorausgesetzt; ein Recht der Erben des Hausvaters ebenfalls nicht: denn die *actio de dote* ist auch als Anspruch des Hausvaters unvererblich; ebensowenig aber ein formelles Hinderniss: denn es handelt sich um Vorgehen auf einem Gebiete, auf welchem die Jurisdiktionsmagistrate ungehindert und unbeschränkt sich bewegen können.

Möglich und keineswegs im Widerspruche mit dieser Annahme wäre es übrigens auch, dass die Anerkennung der Klagebefugnis der Frau einen positiven Anhaltspunkt im Gesetze gehabt hätte. Wenn es richtig ist — und es sprechen gewichtige Gründe für die Richtigkeit ¹¹⁾ — dass der Restitutionsanspruch der Frau durch Gesetz geschaffen oder geregelt worden ist, so liegt es nahe, dass das Gesetz eben die Frau als restitutionsberechtigt nennt. Diess konnte nun zwar die Jurisprudenz der Anwendung der Grundsätze nicht überheben, welche das Familiengüterrecht bestimmen: daher ist, wenn die gewesene Ehefrau Haustochter ist, der Hausvater das Subject der *actio de dote*; aber es berechtigte allerdings die Jurisprudenz, nach der Lösung der Gewalt eine *actio* der Tochter zu construiren. So wäre die Folgerung aus der materiellen Bestimmung der *Dos* durch dasselbe Gesetz, das den ersten und energischen Ausdruck dieser Bestimmung enthält, noch besonders nahe gelegt worden.

Auch hier mögen die einzelnen Bestimmungen, die nicht für die prinzipielle Würdigung des Klagerechts der gewesenen Ehefrau-Haustochter von Bedeutung sind, bei Seite gelassen und nur zwei Punkte noch betont werden.

Es ist sicher, dass der Anspruch, der durch Novation oder

11) Ueber die im Texte berührte Frage sind zu vergleichen Voigt, die *Lex Maenia de dote* S. 3 f., S. 41 ff.; Arndts in der *Z. f. R.G.* VII. S. 1 f., 18 f.; Czyhlarz, S. 2 f. Voigt (S. 78 f.) nimmt freilich unter Zustimmung von Arndts (S. 42 f.) an, dass seine *lex Maenia* direkt die *actio adjecta filiae persona* regulirt habe; allein ohne genügende Anhaltspunkte (vgl. auch Czyhlarz, S. 304. Note 16).

Delegation an die Stelle der actio de dote tritt, bei der Lösung der Gewalt nicht auf die gewesene Ehefrau übergeht, diese also dadurch, dass sie zu einer derartigen Disposition einwilligt, das ihr eingeräumte Schutzmittel aus der Hand gibt.

L. 66. § 2. sol. mat. . . reliquam partem, si nec delegata, nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere Labeo Trebatius putant . . vgl. auch L. 2. § 1. e. t.

Und dass das Gleiche für die durch Litiscontestation, beziehungsweise Urtheil begründete Obligation gegolten hat, ist zum Mindesten höchst wahrscheinlich —

L. 10. § 1. bonis damn. 48. 20. (Macer — aus Bas. LX. 52, 10. restituirt): Si post solutum matrimonium filiae pater condemnatur, si quidem postquam filia ei consensit de dote repetenda, fiscus a marito eam repetit: si antequam consentiret ei, condemnatus est, ipsa repetitionem habet.

wenn auch im Verlaufe der Entwicklung Ausnahmen eingetreten,

L. 31. § 2. sol. mat. (Julianus lib. 18. Digestorum). Si voluntate filiae procurator a patre datus litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum iudicata pater decesserit, iudicati actionem filiae potius quam heredibus patris dari oportebit. und nach dem nicht zu beseitigenden Zeugnisse Justinians schliesslich zur Regel geworden sind.

L. un. § 14. C. rei ux. act. 5. 13.: Si quando etenim post solutum matrimonium dos a patre petebatur, siquidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere, et si necdum actione mota ab hac luce fuerat substractus, et si lis contestata esset, ad filiam quasi proprium patrimonium dos revertebatur.

Deun dass in diesem § 14. die Worte »et si lis contestata esset« nur einen erläuternden Zusatz zu »actione mota« bilden sollen, lässt sich nicht begründen: ist doch hiemit einmal die Einführung mit et si und dann die positive Fassung der angeblichen Erläuterung nicht vereinbar ¹²⁾).

12) Ueber die Frage, ob durch die Litiscontestation der Anspruch de-

Die ursprüngliche Beschränkung auf die *actio de dote* findet nun — und insoferne ist sie gerade für die zuletzt berührte Frage von Bedeutung — ihre einfachste Erklärung in der Annahme, dass die Jurisprudenz einen äusseren Anhaltspunkt hatte, der sie gerade auf die *actio de dote* hinwies; die schliessliche Annahme des Ueberganges auch bei der *actio judicati* aber würde unter Voraussetzung der Richtigkeit dieser Annahme darthun, dass dem äusserlichen Anhaltspunkte gegenüber allmählig die materielle Bestimmung der *Dos* für die gewesene Ehefrau zu einer selbstständigen Bedeutung gekommen ist. Will übrigens jene Voraussetzung nicht zugegeben werden — und nothwendig ist sie nicht, da es auch nicht an inneren Gründen für die Beschränkung auf die *actio de dote* fehlt (vgl. hierüber unten) — so beweist doch die Ausdehnung auf die *actio judicati*, dass ein solcher materieller Gedanke, wie die Erhaltung der *Dos* für die gewesene Ehefrau, bestimmend mit eingegriffen hat, sind also jene Stellen nach dieser Richtung hin für die principielle Erfassung des Institutes von Bedeutung ¹³⁾.

finitiv für die Frau verloren gehe, vgl. Bechmann, a. a. O. II, 304, 307 f.; Czyhlarz, a. a. O. S. 307. Beide nehmen an, dass die *Litiscontestatio* die Anrechte der Tochter auf den Restitutionsanspruch ausschliesse und beseitigen L. 31. § 2 cit., mit der Hinweisung darauf, dass der Prozess durch einen Stellvertreter geführt worden sei. Letzteres mag im Sinne und für die Zeit Julians richtig sein: dem Sinne Justinians entspricht es sicherlich nicht. Die L. 22. § 5 u. L. 42 pr. s. m. beweisen hieher Nichts — letztere wenigstens nicht nach der richtigen, zuerst von Hoffmann, jetzt von Mommsen hergestellten Lesart (Glück, Comm. XXVII, S. 218. Note 69). Die L. un. § 14 C. cit. aber lässt sich in der von Bechmann (309. Note 1) versuchten Weise nicht beseitigen.

13) Bei dem im Texte berührten Punkte ist die Theorie Bechmanns I, 83 f., II, 299 (vgl. oben in Note 1. Ziff. 4) für den ersten Anschein bestechend. Allein sie hängt aufs Engste zusammen mit seiner unrichtigen These, dass die *actio de dote* überhaupt durch besonderen Willensakt erworben werden müsse (I, 79 f., 150 f., II, 295 f.) und steht in entschiedenem Widerspruche mit der Darstellungsweise der Quellen, die überall keinen Anstand nehmen, längst vor der Disposition über die *actio* von einer solchen zu sprechen; mit der juristischen Logik, die eine Geltendmachung und Tilgung des Anspruches (Einklagen, Zahlungsannahme, Novation etc.) vor Existenz des Anspruches nicht zulässt; endlich mit einzelnen feststehenden Sätzen, namentlich mit dem Verbleiben der *actio de dote* bei dem Hausvater nach Wegfall der Haustochter, mit dem Uebergange der *actio judicati* auf die *filiafamilias*, mit der selbstständigen Rücksichtnahme auf die Interessen der Haustochter neben ihrer

Noch entschiedener tritt Letzteres hervor in der Bestimmung, dass die *actio de dote*, wenn der Vater Erbe des Ehemannes wird, nach der Lösung der Gewalt gegen den Vater oder dessen Erben geltend gemacht werden kann.

L. 44. pr. sol. mat. 24. 3. (Paulus lib. 5. Quaest.): Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre cum herede ejus filiam de dote acturam Nerva et Cato responderunt, ut est relatam apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto; ibidem Aristoni consensit. Ergo dicerem et si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse.

Zunächst freilich scheint dieser Ausschluss der Confusion darauf hinzuweisen, dass die *actio de dote* nicht *actio des Vaters* ist. Allein wenn solcher ein einfacher selbstverständlicher Folgesatz wäre: warum denn die gehäufte Berufung auf Auctoritäten? warum namentlich die zweifelnde und schwankende Ausdrucksweise von Paulus im Schlussatze? ¹⁴⁾ Beides ist dagegen vollkommen erklärlich, wenn über ein nach Rechtsgrundsätzen gebotenes Erlöschen der *actio* um der materiellen Bestimmung der Dos willen hinweggesehen werden soll; wenn es sich also darum handelt, eine weitere Folgerung aus dieser materiellen Bestimmung zu ziehen und zwar eine Folgerung, welche zunächst im Widerspruche steht mit den Consequenzen aus feststehenden Rechtsgrundsätzen. So beruft sich denn auch die

L. 2. C. sol. mat. 5. 18. (Imp. Severus et Antoninus A. A. Aquiliae)

welche ebenfalls das Nichterlöschen der *actio de dote* durch Beerbung des Ehemannes Seitens des Hausvaters ausspricht, nicht darauf, dass die *actio de dote* der Tochter selbst zustehe, sondern darauf, dass der Hausvater ohne Zustimmung der Tochter die Dos weder habe einklagen noch zurücknehmen können, also auf eine Bestimmung, die am Zweifellosesten nicht im eigenen Rechte der Tochter, sondern in der Rücksichtnahme auf deren Interesse ihren Grund hat (vgl. oben a.).

beziehungsweise des Vaters Willenserklärung. vgl. gegen Bechmann nam. von Scheurl a. a. O. VI. 22 ff. XI. 322 ff.; dann auch Czychlarz S. 300. 306. Note 6.

14) Glück, Commentar XXVII. 151, 217, nam. Note 67.

2) *Dos soluta*.

Die *Dos* gilt in der hier in Frage stehenden Beziehung als *soluta*, sobald die *actio de dote* in einen andern Vermögenswerth verwandelt worden ist — sei es durch Herausgabe der *res dotales* oder Ersatz ihres Werthes, sei es durch *Novation* oder *Delegation*, also durch Schaffung eines neuen Forderungsrechtes. Nur die neue Forderung, welche durch prozessualische Geltendmachung und Durchführung der *actio dotis* entsteht, gilt nicht als ein neuer Vermögenswerth (vgl. Z. 1. c.).

Auf die *Dos soluta* in diesem Sinne hat nun die materielle Bestimmung der *Dos* die unter 1) entwickelte Einwirkung nicht ausgeübt. Es lässt sich nämlich nicht nachweisen:

a) dass in der Geltendmachung der betreffenden dem Hausvater zukommenden Rechte irgend eine Mitbetheiligung der gewesenen Ehefrau stattzufinden hat, irgend deren Zustimmung zu erwirken ist ¹⁵⁾. Im Gegentheile zeigt die Betonung der *actio de dote* und ihrer Fortexistenz in allen den Stellen, die eines *consensus* der Tochter erwähnen, mit voller Bestimmtheit, dass eine derartige die Ausübung der betreffenden Rechte beschränkende Mitbetheiligung dem römischen Rechte, sobald die *actio de dote* nicht mehr existirt, völlig fremd ist. Nicht blos in Beziehung auf die Rechte (vgl. I. 2.), sondern auch in Beziehung auf deren Ausübung findet also hier keinerlei *communio* zwischen Hausvater und Haustochter statt.

Hiemit steht auch nicht im Widerspruche weder die Bezeichnung der *Dos* als eines *proprium patrimonium ipsius filiae*,

in L. 3. § 5. min. 4. 4. (Ulp. lib. 11. ad Edictum) vgl. auch

L. un. § 14. C. rei ux. act. 5. 13.

noch die Bezeichnung der *Dos* als einer *dos communis patris et filiae*,

L. 3. sol. mat. (Paulus lib. 7. ad Sabinum)

als einer *dos, quae ipsius (patrisfamilias) et filiae est*,

L. 2. § 1. e. t. (Ulp. lib. 35. ad Sab.)

als einer *dos communis*.

L. 22. § 1. e. t. (Ulp. lib. 33. ad Edictum).

Einmal sind nämlich in allen angeführten Stellen diese die *Dos* betreffenden Aussprüche niedergelegt, um irgend welche die *actio de*

¹⁵⁾ A. M. Baron a. a. O. S. 398 f.

dote betreffenden Sätze zu motiviren — die Wiederherstellung der durch Novation aufgehobenen *actio de dote* und die Nothwendigkeit eines Zusammenwirkens von Hausvater und Haustochter bei Einklagung und Einziehung der *Dos* — und sind aus denselben in keiner Weise Berechtigungen an der *dos soluta* abgeleitet. Dann aber erklären sich jene Aussprüche auch völlig genügend ohne die Annahme einer Mitberechtigung des Vaters an der *Dos*, oder auch nur einer Gemeinschaftlichkeit in der Ausübung der zu der *Dos* gehörenden Rechte. Wie die *Dos* während Dauer der Ehe, obgleich rechtlich allein dem Ehemanne gehörend, als der Frau gehörend (*res uxoris*, *patrimonium uxoris* etc.) bezeichnet wird, weil sie theils während der Ehe mit für die Frau, deren Interessen und Zwecke theils nach Lösung der Ehe zum Rückfalle an die Frau bestimmt ist, so ist die *dos*, solange die *actio de dote restituenda* in der unter I. u. II. 1. ausgeführten Weise besteht, *patri et filiae communis* d. h. sie gehört auch jetzt noch von Rechtswegen dem Ehemanne, aber sie ist für die gewesene Ehefrau und deren Hausvater bestimmt. Die rechtliche Gestaltung dieser Bestimmung aber ist die *actio de dote* mit ihren oben (I. 1. u. II. 1.) dargestellten Eigenthümlichkeiten.

Diese Erklärung wird auch dadurch nicht unmöglich gemacht, dass in L. 3. § 5. *sup. cit.* nicht das gemeinschaftliche Angehören an Hausvater und Haustochter, sondern allein das Angehören an die letztere betont ist. Denn in dieser Stelle handelt es sich um ein Rechtsmittel (*restitutio in integrum*), für dessen Zuständigkeit nur das Angehören an die (minderjährige) Tochter, nicht auch das Angehören an den Hausvater von Bedeutung ist.

Wie hienach für die *dos soluta* keine Parallele mit der unter 1. a. u. 2. referirten Bestimmungen besteht, so auch nicht

b) mit dem unter Ziff. 1. c. auseinandergesetzten Anfall der *actio de dote* an die Tochter.

Die Parallele liesse sich nach einer doppelten Richtung hin durchgeführt denken: in der Form einer Verpflichtung des Hausvaters zur Herausgabe im Falle des Bedürfnisses, namentlich im Falle der Wiederverheirathung und der Emancipation der Tochter, und dann in der Form eines Präceptionsrechtes im Falle des Vorabsterbens des Vaters.

Weder nach der einen noch nach der anderen Richtung hin lässt sich aber ein quellenmässiger Beweis für eine Durchbrechung oder Beschränkung des unter I. 2. nachgewiesenen Principes und seiner Consequenzen erbringen.

Wenn auch mit Sicherheit angenommen werden kann, dass bei der Wiederverheirathung die frühere Dos, oder ein ihr gleichkommender Werth wieder zur Dos bestellt zu werden pflegt,

vgl. z. B. L. 4. sol. mat. (Pomponius lib. 15. ad Sab.);
L. 32 e. t. (Julianus lib. 2 ad Urseium Ferocem); L. 37
e. t. (Ulp. lib. 2. Resp.); L. 81. pro socio 17. 2 (Papinianus lib. 9 Quaest.)

und wenn weiterhin die gesetzliche Verpflichtung des Hausvaters zur Dotation der vermögenslosen Tochter

L. 19. ritu nupt. 23. 2 (Marcianus lib. 16. Inst.)

auch im Falle einer zweiten und weiteren Ehe Platz greift (vgl. oben S. 245), so findet sich doch bis auf die theodosischen und justinianischen Bestimmungen über den Anfall der dos ab extraneo constituta an die Haustochter selbst

L. 1. 2. und L. 6. C. bon. quae lib. 6. 61.

beziehungsweise bis auf

Nov. 97. c. 5

kein ausreichender Beleg für die Annahme, dass der Vater rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gerade die zurückerhaltenen früheren Dotalobjekte und Dotalwerthe wieder zur Dos zu bestellen, oder dass gar die Tochter ohne Weiteres diese Objekte hätte an sich ziehen und selbstständig zur Dos bestellen können. Auch Nov. 97. c. 5, die jene Verpflichtung statuirt, lässt einmal nicht erkennen, dass letztere schon vordem bestanden habe, und statuirt weiterhin selbst keinen Anspruch der Tochter gerade auf die Dos der früheren Ehe, sondern gibt nur eine nähere Bestimmung über den Umfang der Dotationspflicht des Vaters im Falle einer zweiten Ehe und namentlich über das Verhältniss dieser Dotationspflicht zu dem eigenen Vermögen der sich wieder verheirathenden Tochter. Im Gegentheile zeigt sie durch die Betonung des Gegensatzes zwischen dem *lucrum ex ante nuptias donatione* und der *dos, quae a patre profecta est*: dass noch für Justinian die letztere im Eigenthume und zwar im unbeschränkten Eigenthume des Hausvaters

ist. Die angeführten Codexstellen aber hängen mit der Entwicklung der adventizischen Güter zusammen, und treffen zweifellos, ausgehend von einem dem classischen Rechte fremden Prinzip, neue Bestimmungen (vgl. übrigens oben S. 245).

Dass ferner die Dos bei der Emancipation der Tochter derselben herausgegeben werden musste, ist nirgends angedeutet, ohne Anhaltspunkt an analogen Entscheidungen, und direkt widerlegt durch

L. 44. pr. s. m. 24. 3 (Paulus lib. 5. Quaest.).

Denn in dieser Stelle räumt Paulus selbst dann, wenn die actio de dote noch existirt und der Vater Erbe des restitutionspflichtigen Ehemannes geworden ist, nur zweifelnd nach der Emancipation eine Klage gegen den Hausvater ein:

Ergo dicerem et si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse.

Aber auch für eine Präception der Dos bei dem Vorabsterben des Hausvaters fehlt es an Beweisgründen ¹⁶⁾. Gleichzeitige Stellen, die ein Präceptionsrecht statuiren würden, finden sich, soweit zu sehen, weder in Digesten noch in dem Codex. Es müsste also aus den justinianischen Constitutionen, die derselben erwähnen, zurückgeschlossen werden. Von denselben gibt aber

L. 12. C. communia 3. 38 (Imp. Justinianus A. ad Senatum)

welches auch ihr Verhältniss zu L. 1, 2 und 6 C. bon. 9. lib. 6. 61 sein mag, keinerlei Anhaltspunkt für die Annahme, dass ein Präceptionsrecht schon nach classischem Rechte bestanden habe. Sie geht ihm Gegentheile davon aus, dass die Dos, von welcher sie spricht, mit der Rückzahlung in das Vermögen des Hausvaters komme und mit diesem die Schicksale des väterlichen Nachlasses theile,

et hoc, quod dedit, iterum in eundem revertatur

de hujusmodi rebus, quae ad eum reversae sunt vel pervenerunt ...

Sin autem nihil tale penitus in fratres eorum a patre collatum est, neque ipsos sibi praecipue hanc partem vindicare,

¹⁶⁾ A. M. Brinz S. 1247 und zwar, wie es scheint, nicht erst für das justinianische Recht.

sed quasi paternae facta substantiae sit, inter omnes secundum institutionis tenorem dividi.

findet diess aber für gewisse Fälle unbillig und ordnet nun von sich aus für solche ein Präceptionsrecht an.

... tunc filius vel filia easdem res, quae ad patrem reversae sunt vel pervenerunt, habeant praecipuas ...

Sin autem extranei sint scripti heredes... tunc omnimodo praecipuum habeat filius vel filia ...

Und die

L. un. C. rei uxoriae act. 5. 13

lässt in den Paragraphen, die allein in Betracht kommen können (§§ 11 und 14), ebensowenig einen solchen Schluss zu: denn die beiden Paragraphen sprechen nur von der Erwerbung des Restitutionsanspruches (der actio rei uxoriae) durch die Tochter und zwar der § 11 von dem Falle, dass der Hausvater durante matrimonio stirbt oder die Tochter emancipirt; der § 14 von dem Uebergange des dem Hausvater erworbenen Anspruches (actio adjuncta filiae persona) auf die nach Lösung der Ehe gewaltfrei werdende Tochter.

§ 11 verb.: in rei uxoriae actione ...

ibi etenim, velut aliae actiones, in omnes heredes actio dividebatur. (*4 a. ex stip.!*)

§ 14 verb.: ... si quidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere et si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus, et si lis contestata esset ...

Nach keiner Richtung hat also im classischen Rechte die materielle Bestimmung der Dos die Rechtsverhältnisse nach Rückzahlung der Dos beeinflusst. Im späteren Rechte ist diess allerdings geschehen, wie aus den angeführten Codexstellen (L. 1, 2, 6 C. bon. qu. lib. 6. 61; L. 12. C. comm. utr. 3. 38; L. un. C. rei ux. act.) und aus Nov. 97. c. 5 erhellt, aber hier des Näheren nicht auseinanderzusetzen ist.

Dabei entsteht freilich die Frage: ob dieses Resultat der Annahme nicht im Wege steht, dass die eigenthümliche Gestaltung der actio de dote (II. 1) ihren Grund in den materiellen Interessen der Frau habe, oder — genauer ausgedrückt — in der Bestimmung der Dos, soluto matrimonio Vermögen der Frau zu werden?

Die Frage ist indess zu verneinen, selbst wenn von der Vermuthung abgesehen werden will, dass für die eigenthümliche Behandlung der actio de dote ein besonderer äusserer Anhaltspunkt vorhanden gewesen sei (vgl. oben S. 329 fig.), der für die dos soluta gefehlt haben würde.

Denn einmal ist dasjenige Interesse der Frau, welches bei der Statuirung der Nothwendigkeit ihres Consenses im Vordergrund gestanden haben mag — das Interesse nämlich, das sie an der Belassung der Dos bei dem Ehemanne, und namentlich bei dessen Erben haben konnte — nicht mehr vorhanden, sobald sich die Frau für die Rückforderung entschieden hat und solche mit ihrer Einwilligung vorgenommen beziehungsweise eingeleitet worden ist. Und auch behufs Erhaltung der Dos für eine weitere Ehe ist in der Mehrzahl der Fälle eine die dos soluta betreffende Bestimmung nicht erforderlich — wenigstens lässt Sitte und Rechtspflicht der raschen Wiederverheirathung neben den geräumigen Dotal-Restitutionspflichten diess als sehr wahrscheinlich erscheinen: in den anderen Fällen mochte Sitte und Recht der Redotation nach dieser Seite hin als ausreichend erscheinen. Eine Bestimmung aber, welche den Anfall der dos soluta an die gewesene Ehefrau im Falle des Vorabsterbens des Gewalthabers sichert, konnte neben Notherben- und Pflichttheilsrecht nicht als sonderliches Bedürfniss erscheinen.

Weiterhin standen der Einwirkung der materiellen Bestimmung der Dos auf die rechtliche Gestaltung nach Heimzahlung der Dos immerhin erheblichere Schwierigkeiten entgegen, als der Einwirkung auf die dos non soluta. War doch eine Beschränkung des Gewalthabers in dieser Beziehung nicht möglich, ohne entweder die Haustochter als rechtlich vermögensfähig, mindestens als eines Anspruches gegen den Hausvater fähig anzuerkennen, oder die Rechte der Erben an den ihnen mitangefallenen, weil vererblichen Vermögenswerthen zu brechen. Namentlich Ersteres aber mochte den Anschauungen der Zeit, in welcher die Entwicklung vor sich ging — nämlich der vorclassischen und früh-classischen Zeit

L. 2. § 1 sol. mat. (Sabinus ait).

L. 22. § 6 e. t. (quod Labeo probat).

L. 44 pr. e. t. (Nerva et Cato responderunt).

L. 66. § 2 e. t. (Labeo, Trebatius putant).

L. 66. § 6 e. t. (ait Labeo) —

als durchaus unzulässig erscheinen.

Und endlich ist, wenn ein Gedanke zu einer bestimmten Zeit nicht nach allen Seiten hin durchgeführt ist, diess kein Beweis gegen die Existenz und Triebkraft desselben — am Wenigsten wenn, wie hier, die Weiterentwicklung an diesem Gedanken festhält und seine endliche Durchführung in einer späteren Periode bewirkt (vgl. L. 1, 2, 6. C. ~~bonis mat.~~ 6. 67; L. 12. C. comm. 3. 38. Nov. 97. c. 5. u. a. m.).

Zweites Kapitel. Die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder.

Erster Abschnitt. Das Princip im Allgemeinen.

§ 36. Constatirung des Grundsatzes.

Wie die Hauskinder erwerbsfähig sind gleich den patres-familias (vgl. hierüber oben den § 7), so sind sie auch verpflichtungsfähig gleich solchen; aber während die Erwerbsfähigkeit nur für den Hausvater besteht, sind die Hauskinder fähig, Verpflichtungen nicht blos zu begründen, sondern auch für sich zu begründen ¹⁾).

Diess steht für das classische Recht fest und ist in einer Reihe von Stellen und von den verschiedensten Juristen unzweifelhaft anerkannt: so von

Pomponius lib. 9. ad Sabinum (L. 6. § 7. a. e. v. 19. 1.).

Gajus lib. 2. ad Edict. prov. (L. 39. Obl. et Act. 44. 7):

Filius familias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur. vgl. ausserdem Inst. III. 104.; L. 141. § 2. V. O. 45. 1.

Ulpianus lib. 41. ad Sabinum (L. 57. jud. 5. 1.): Tam ex contractibus quam ex delictis in filiumfamilias competit actio..

1) Ueber die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder vgl. Glück, Commentar XIV. 283 ff.; Zimmern, Rechtsgeschichte II. § 188. bei und in Note 18.; Unterholzner, Schuldverhältnisse I. § 71.; Savigny, System II. § 67 bei und in Note f.; Böcking, Pandekten § 45. bei und in Note 10. und 11.

vgl. ausserdem L. 8. § 4. accept. 46. 4.; L. 2. § 2. cap. min. 4. 5.; L. 1. § 42. depos. 16. 3. (unter Berufung auf Julianus); L. 44. peculio 15. 1.; L. 10. § 2. fidej. 46. 1.; Paulus lib. 30. ad Edict. (L. 5. pr. quod cum eo. 14. 5.): Si filius familias vivo patre conventus et condemnatus sit.. vgl. ausserdem L. 45. peculio 15. 1.

Was der Grundsatz besagen will, ist im Allgemeinen klar, bedarf indessen im Einzelnen nach den verschiedensten Richtungen hin der näheren Bestimmung.¹⁾ Bevor aber solche erfolgen kann, ist zu untersuchen, ob der Grundsatz selbst von jeher im römischen Rechte gegolten hat oder neueren Ursprunges ist.

§ 37. Die Entstehungszeit des Prinzipes.

Die am Ende des vorigen Paragraphen aufgeworfene Frage lässt sich nicht mit voller Bestimmtheit beantworten; die weitaus überwiegenden Gründe sprechen aber dafür, dass die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder dem ältesten römischen Rechte nicht angehört, die Möglichkeit der Begründung klagbarer Verpflichtungen vielmehr erst im Laufe der Entwicklung des römischen Rechtes anerkannt worden ist¹⁾.

Hiebei ist freilich nicht daran zu denken, dass diese Anerkennung erst um die Zeit der Juristen erfolgt wäre, deren Aussprüche im vorigen Paragraphen mitgeteilt worden sind; diess wird nicht blos dadurch widerlegt, dass die Verpflichtungsfähigkeit dem jus civile angehört, sondern auch und namentlich dadurch, dass die Kaisergesetzgebung (S. C. Macedonianum vgl. hierüber die §§ 47 f.) und wohl nicht unerheblich frühzeitiger das prätorische Edikt (Competenzbenefizium des Emancipatus vgl. hierüber den § 44.) gewisse Consequenzen der Verpflichtungsfähigkeit zu beseitigen beziehungsweise zu mildern bestrebt sind. vgl. auch Horat. Sat. I. 2. v. 16. u. 17.

Nomina sectatur modo sumpta veste virili
Sub patribus duris tironum...

1) So Dernburg in einer gelegentlichen Bemerkung in der Krit. Zeitschrift I. S. 7.

Was allein behauptet werden kann, ist vielmehr, dass solche nicht dem ältesten Rechte angehört, und zu einer Zeit noch nicht anerkannt gewesen ist, auf welche die in den Instituten des classischen Rechtes erkennbare Nachwirkung rückschliessen lässt.

Zum Beweise dieser Behauptung, die mit der gewöhnlichen Ansicht im Widerspruche steht, darf im Allgemeinen auf die Parellelisirung der Hauskinder mit den Slaven hingewiesen werden, die in einer Reihe einzelner Stellen und Sätze hervortritt und immerhin wahrscheinlich macht, dass die in die Königszeit zu verlegende politische Gleichstellung der Hauskinder mit den Hausvätern eine analoge privatrechtliche Gleichstellung weder vorgefunden noch allzu rasch herbeigeführt hat (vgl. hierüber die §§ 2 fl.).

Im Uebrigen lässt sich anführen:

1) die Unwahrscheinlichkeit einer Exequirbarkeit der Schulden der Hauskinder — eine Unwahrscheinlichkeit, die für das ältere Recht an Unmöglichkeit grenzt (vgl. hierüber unten den § 45.). Sie ist hieher von erheblicher Bedeutung, insoferne zweifellos weder die Anerkennung einer nicht klageweise verfolgbaren Verbindlichkeit noch die Annahme eines nicht exequirbaren Urtheiles dem Charakter des ältesten und älteren römischen Rechtes entspricht.

2) Das Erlöschen der Schulden durch *capitis deminutio minima* (Gajus III. 84. u. IV. 38), das, wie an anderem Orte ausgeführt worden ist (vgl. ob. im § 21. II. 3. auf S. 175 fl.), nur dann, dann aber auch völlig zutreffend sich erklären lässt, wenn die gewaltunterworfenen Personen, namentlich also die Hauskinder, zur Zeit der Ausbildung der *arrogatio* und *conventio in manum* und der Bildung des Begriffes der *capitis deminutio minima* verpflichtungsunfähig waren.

Zu diesen beiden gewichtigsten Gründen kommt

3) dass aller Wahrscheinlichkeit nach noch in classischer Zeit das *liberum caput in mancipio* verpflichtungsunfähig ist.

Diese Verpflichtungsunfähigkeit wird bewiesen einmal durch die mehrfach und prinzipiell hervorgehobene *servilis causa mancipii*, die um so unbedenklicher hieher gezogen werden darf, je entschiedener Gajus in III. 114. aus derselben auf die vermögensrechtliche Stellung rückschliesst. Weiterhin kommt in Betracht, dass

L. 2. § 2. cap. min. 4. 5. (Ulp. lib. 22. ad Edict.) in den Worten:

Sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio.

nicht wohl auf etwas Anderes hinweisen kann als auf den Zustand des *liberum caput in mancipio*, unter dieser Voraussetzung aber in Beziehung auf in diesem Zustande abgeschlossene Verträge die Restitution zusagt — natürlich nicht für die Zeit der dauernden *causa mancipii*, sondern für die Zeit nach Vollendung der Emancipation durch Freilassung aus dem *Mancipium*. Auch die corrumpirte Stelle, in welcher Gajus die Verhaftung der *personae*, quae in manu mancipiove sunt, zu erörtern beginnt, (IV. 80.) möchte die aufgestellte Ansicht unterstützen: denn sie legt immerhin den Gedanken nahe, dass es sich bei solchen gewaltunterworfenen Personen nur um Schulden aus der Zeit vor der Gewalt handeln könne (vgl. auch III. 84.)²⁾.

Für die hier vorliegende Frage ist die Verpflichtungsunfähigkeit des *Mancipatus* von Wichtigkeit: einmal weil sie zeigt, dass Freiheit und Bürgerthum die privatrechtliche Gleichstellung nicht nothwendig bedingen, und dann weil sich nicht absehen lässt, warum diese Verpflichtungsunfähigkeit statuirt worden sein sollte, wenn sie nicht als einfache Fortsetzung der ursprünglich auch bei dem *filius familias* vorhandenen Unfähigkeit betrachtet werden darf. Dass aber die Anerkennung der Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder auf die *personae in mancipio* nicht einwirkte, erklärt sich daraus, dass, wie auch der Mangel der *Peculien* zeigt, bei dem Verhältnisse des *mancipium* die gewaltunterworfenene Person im Wesentlichen nur als Arbeitskraft, als durch ihre persönliche Arbeit dem Gewalthaber erwerbend, in Betracht kommt, also ein Bedürfniss für die Anerkennung der Verpflichtungsfähigkeit kaum vorhanden sein konnte.

Eine weitere Bestätigung der ursprünglichen Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder liegt

4) in L. 2. § 1. pollic. 50. 12. (Ulp. lib. 1. Disput.):

Filiusfamilias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur.

2) Savigny, System II. S. 50 ff., S. 84; vgl. auch von Scheurl, Beiträge I. 273; Huschke, Gajus S. 178; Machelard, Des obl. natur. p. 326 sq.; Schwanert, Naturalobl. S. 414. Note 15.

sobald nur die für das älteste Recht unverkennbare Wechselwirkung zwischen jus und fas ³⁾ und weiterhin in Betracht gezogen wird, dass, sobald der *filiusfamilias* im ältesten Rechte schon verpflichtungsfähig ist, ein Grund für die angeführte Unverbindlichkeit des *votum filiifamilias* nirgends ersichtlich ist.

Diese Gründe machen es zum Mindesten sehr wahrscheinlich, dass im ältesten Rechte die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder noch nicht anerkannt ist, auch ohne dass auf Aussprüche von zweifelhaftem Werthe recurrt wird, wie auf

Plautus *Mostellaria* III. 1. v. 61. Non dat, non debet. (Dan.)
Non debet? (Tr.) Ne gry quidem.

Cicero pro Caelio c. 7. § 17 (ed. Orelli II. 2. 276). Nam quod aes alienum objectum est . . . tabulae flagitatae: videte, quam haec respondeam. Tabulas, qui in patris potestate est, nullas conficit.

Gajus lib. 2. Verb. Obl. (L. 141. § 2. V. O. 45. 1) pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet.

irgend erheblicher Werth gelegt wird.

Sie würden sogar die unbedingte Verneinung dieser Verpflichtungsfähigkeit rechtfertigen, wenn die Frage, wie sich bis in den Beginn der classischen Zeit der Satz gerade in sein Gegentheil verkehren konnte, mit grösserer Sicherheit beantwortet werden könnte. In dieser Beziehung lassen sich aber nur Vermuthungen aufstellen. Die innerlich am meisten begründete derselben schliesst sich an die Entstehung der *Naturobligationen* aus den Rechtsgeschäften der *Sclaven* ⁴⁾ an und geht dahin: Die *Sclaven* waren nach älterem Rechte *ex contractibus* völlig verpflichtungsunfähig. Diess beweisen mehrfache Stellen, welche allgemein diese Verpflichtungsunfähigkeit aussprechen, und, obwohl aus späterer Zeit herrührend, doch nach Inhalt und Formulirung Sätze des alten Rechtes reproduziren:

Gajus III. 104 (reproduzirt in § 6 J. inut. stip. 3. 19): sed

3) Jhering, Geist des röm. Rechtes I. 256 ff.

4) Ueber die Verpflichtungsfähigkeit der *Sclaven* vgl. Savigny, System II. 35 ff. und 424 ff. Schwanert, Naturalobl. S. 259—272; und über die dem Texte zu Grunde liegende Auffassung der *Naturobligation* Näheres in § 42. II.

servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli.

L. 43. Obl. et act. 44. 7. (Paulus lib. 72. ad Edict.)

.. *Servus autem ex contractibus non obligatur.*

L. 22. R. J. 50. 17. (Ulpianus lib. 28. ad Sabin.) In personam servilem nulla cadit obligatio.

Im Verlaufe der Entwicklung wurde aber anerkannt, dass die Contrakte derselben wenigstens naturale Schulden zu erzeugen vermöchten;

Ulp. lib. 7 Disp. (L. 14 obl. et act): *Servi . . . ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. u. a. m. St.*

und zwar erfolgte diese Anerkennung nicht etwa weil der Slave nach *jus gentium* verpflichtungsfähig gewesen wäre — denn die Slaverie mit ihren Consequenzen ist den Römern ein Institut des *jus gentium* — sondern im Hinblick darauf, dass der Rechts- und Verpflichtungsunfähigkeit des Slaven unerachtet an obligationsbegründende Akte derselben sich rechtsgültige Realisierungs- und Sicherungsakte anschlossen und anzuschliessen vermochten: Zahlung, Verbürgung, Verpfändung Seitens eines rechts- und handlungsfähigen Dritten; Zahlung Seitens des vormaligen Slaven nach der Freilassung; Zahlung und Verpfändung Seitens des mit *Peculium* versehenen Slaven aus dem in dessen Administration stehenden *Peculium*.

vgl. namentlich L. 13. cond. ind. 12. 6 (Paulus lib. 10. ad Sab.), welche Stelle die wahrscheinlichen Motive der Ausbildung des Begriffes in der Form von Consequenzen aus solchem aufführt.

Diese Möglichkeit einer indirekten oder künftigen Wirksamkeit kam nun den Obligationsbegründungsakten der Hauskinder nicht in geringerem, wohl aber in entschieden höherem Grade zu: die Jurisprudenz konnte deshalb keinen Anstand nehmen, auch aus ihnen Obligationen resultiren zu lassen. Sobald diess aber geschah, musste erkannt werden, dass der Klagbarkeit dieser Schulden der Hauskinder kein solches Hinderniss im Wege stehe, wie der Klagbarkeit der Schulden der Slaven: insofern jenen nicht wie diesen

die Rechtsfähigkeit und hiemit die Fähigkeit mangelt, vor Gericht zugelassen zu werden.

L. 9. de his qui sui 1. 6 (Pomponius lib. 16 ad Quintum Muc.) vgl. mit L. 57. judiciis 5. 1 (Ulp. lib. 41 ad Sabinum).

So kam es, dass die Berücksichtigung jener indirekten oder künftigen Wirkungen der *causa obligatoria* bei den *fili familias* zur Anerkennung nicht von *obligationes naturales*, sondern von *obligationes civiles* führte. Denn dass auch in dieser Zeit von einer Execution, wenigstens von einer direkten Execution gegenüber dem Haussohne nicht die Rede sein konnte (vgl. hierüber § 45), konnte eine Jurisprudenz, die keinen Anstand nahm, eine *obligatio* ohne *actio* zu statuiren, an der Statuirung einer *actio* nicht hindern.

Möglich ist, dass dieser Entwicklungsprozess noch speziell gefördert wurde durch die in L. 2 § 1 cap. min. 4. 5 referirte Ediktsclausel:

Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo.

Denn solche geht immerhin von der Möglichkeit einer Klage gegen die in *potestate* beziehungsweise in *manu* befindlichen Personen aus, musste also, wenn zur Zeit ihre Aufnahme in das Edikt die volle Verpflichtungsfähigkeit noch nicht festgestanden haben sollte, deren Anerkennung wesentlich unterstützen.

Dass dagegen, wie Dernburg ⁵⁾ gelegentlich bemerkt, die Verpflichtungsfähigkeit durch prätorische *actiones fictitiae* vermittelt worden wäre, ist nicht wahrscheinlich und durch Stellen, wie L. 141. § 2 V. O. und L. 39. Obl. et Act. 44. 7, nicht zu begründen.

Zweiter Abschnitt. Die nähere Gestaltung des Prinzipes.

§ 38. Voraussetzungen der Verpflichtungsfähigkeit.

Die Hauskinder sind verpflichtungsfähig, wie die gewaltfreien Personen, und werden deshalb unter denselben Voraussetzungen, durch dieselben Thatfachen und in derselben Weise verpflichtet, wie die *patresfamilias*.

5) Dernburg in der Krit. Zeitschrift I. S. 7.

Diess ist in einer Anzahl von Stellen allgemein dadurch ausgesprochen, dass der *filiofamilias* dem *paterfamilias* in Beziehung auf die Verpflichtungsfähigkeit gleichgestellt ist;

L. 39. Obl. et Act. 44. 7 (in § 36 auf S. 337 abgedruckt);

L. 141. § 2 Verb. Obl. 45. 1; (Gajus lib. 2 de Verb. Obl.):
pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet.

L. 6. § 7 a. e. v. 19. 1. (Pomponius lib. 9 ad Sab.): *Si filiofamilias rem vendiderit mihi et tradiderit, sicut paterfamilias tenebitur.*

lässt sich aber auch in Beziehung auf Voraussetzungen, Verpflichtungsgründe, Intensivität und Umfang der Verpflichtung als theils ausnahmslose theils allerdings durch Ausnahmen durchbrochene Regel darthun.

Was zunächst die Voraussetzungen in der Person des Hauskindes betrifft, gilt die Regel ausnahmslos: d. h. die Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit bestimmt sich ganz nach denselben Kriterien, nach denen die Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit der *homines sui juris* sich bestimmt. Diess beweist sich speziell durch

L. 1. § 4 peculio 15. 1. (Ulp. lib. 29 ad Edictum): *Si cum impubere filiofamilias vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est.*

die zwischen *puberes* und *impuberes* unterscheidet und die Fähigkeit zur Verpflichtung bei den letzteren auf den Betrag der Bereicherung (vgl. hierüber unten § 41. I. und das dritte Buch), beschränkt — wie bei den *homines sui juris* zwischen *puberes* und *impuberes* unterschieden und die Verpflichtungsfähigkeit der letzteren nur bis zu dem Betrage der Bereicherung anerkannt wird (L. 5. § 1 auct. tut. 26. 8 u. a. Stellen).

Eine faktische Verschiedenheit ergibt sich freilich daraus, dass Hauskinder keine Vormünder haben können, und dennoch dem *paterfamilias* die Stellung und die Berechtigung des Vormundes nicht zukommt; dass also bei ihnen die Ergänzung der mangelhaften Handlungsfähigkeit, welche bei *impuberes patresfamilias* durch den Hinzutritt der *auctoritas tutoris* erfolgt, nicht möglich ist.

L. 141. § 2 cit.: Pupillus . . . si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur. vgl. auch § 10 J. inut. stip. 3. 19.

Denn dieses Fehlen der Vormundschaft und der Möglichkeit einer auctoritatis interpositio, das sich einer Seits aus der Vermögenslosigkeit der Hauskinder (vgl. hierüber § 22), anderer Seits aus dem mit der patria potestas gegebenen Officium zur Genüge erklärt, bewirkt, dass filii familias impuberes aus Geschäften (gesta), die keine Bereicherung des Peculium bewirken oder belassen, nicht verpflichtet werden können, während diese Verpflichtungsmöglichkeit für patres familias impuberes allerdings vorliegt.

Eine rechtliche Ausnahme dagegen, welche im Zusammenhange mit der Unmöglichkeit einer Vormundschaft über Hauskinder für die Zeit der Geschlechtsvormundschaft behauptet worden ist, ist nicht begründet. Wenn nämlich Savigny ¹⁾ die Behauptung aufstellt, dass in dieser Zeit die filii familias, obgleich nothwendig ohne Vormund handelnd, in solidum verpflichtet worden sei, so fehlt es nicht nur dieser Aufstellung an genügenden Belegen, sondern es kann solche selbst durch die Quellen widerlegt werden.

1) Für die hier vertretene und gegen die Ansicht Savigny's spricht vor Allem die

L. 11 C. quod cum eo 4. 26 (Impp. Dioclet. et Maxim. A.A. et C.C. Attalo): Cum ancilla contrahenti, quam jure non obligari constat, adversus dominum in quantum locupletius ejus peculium factum est, ea superstite ac post mortem intra utilem annum dandam actionem non ambigitur. Dat. prid. Kal. Decemb. Sirmii, Caess. Conss.

Denn diese Stelle lässt den dominus aus Geschäften seiner Sclavin nur in demselbem Umfange de peculio verhaftet werden, in welchem die L. 1. § 4 de peculio den pater familias aus Geschäften des filius familias impubes haftbar macht. Dass diess geschehen würde, weil eine ancilla impubes oder eine von Vorneherein nur auf Bereicherung gehende Klage in Frage stünde ²⁾, wird durch den

1) Savigny, System II. Beilage 5. (S. 430—442.) vgl. ausserdem Cujacius, Op. Omn. III. 172 fl.; Rudorff, Vormundschaftsrecht I. 171., II. 273 fl.; Machelard, Des obl. natur. (1861) p. 108 und 109.

2) Ersteres nimmt die Glosse, an; Letzteres Cujacius, Op. Omn. IX.

Inhalt des Rescriptes nicht nur nicht unterstützt, sondern geradezu widerlegt. Denn die Ausdrücke: »quam jure non obligari constat« und »eo superstitie ac post mortem intra annum« zeigen klar, dass das Rescript in einem generellen Satze sich über die peculiare Haftung ex gestis ancillarum überhaupt aussprechen wollte. Ist dem so, so lässt sich ein anderer Grund der Beschränkung der Haftung auf die Bereicherung nicht finden, als dass die Contrahentin, wäre sie eine gewaltfreie Person, zur Obligirung der auctoritas des tutor bedürfte (Gajus III. 107 und 108, Ulp. XI. 27) und ohne solche nur bis zu dem Betrage der Bereicherung verhaftet würde. Dieser Grund aber trifft für die filiafamilias nicht minder zu, als für die ancilla (vgl. auch L. 27. pr. peculio 15. 1). Unterstützend wirken ausserdem

Vaticana fragm. § 99: Paulus respondit, filiamfamilias ex dotis dictione obligari non potuisse.

deren Entscheidung immerhin ihre nächste und natürlichste Erklärung in der Verpflichtungsunfähigkeit der filiafamilias findet²⁾; und

L. 141. § 2 Verb. Obl. 45. 1 (Gajus lib. 2 Verb. Obl.) welche Stelle nach ihrer äusseren und inneren Konstruktion höchst wahrscheinlich durch Einschiebung des Wortes »impubere« interpolirt ist, und unter dieser Voraussetzung entschieden für die aufgestellte These beweist.

2) Die Gründe, welche für die gegentheilige Ansicht angeführt werden, beziehungsweise angeführt werden könnten, sind nicht ausreichend — selbst wenn die unter Ziff. 1 hervorgehobenen Stellen nicht vorhanden beziehungsweise zu beseitigen wären. Die Stelle, auf welche das entscheidende Gewicht gelegt wird:

L. 9. § 2 S.C. Maced. 14. 6 (Ulp. lib. 29 ad Edictum): Hoc Senatus consultum et ad filias quoque familiarum pertinet nec ad rem pertinet, si adfirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse: nam et ei quoque qui filiofamilias credidit

311. Eine Basilikenscholie dagegen (Zachariae, Supl. Bas. p. 205 Note 4) sagt unter Bezugnahme auf die L. 11 cit.: 'Επι τῆς δούλης οὐχ ἀπλῶς τὴν δὲ πεκουλλο δέδωκεν, ἀλλ' εἰς δύο ἐν τούτῳ τοῦ πεκουλλο αὐτὸς γέγονεν εὐπορετάτος.

3) A. M. Bechmann, Dotalrecht II. S. 88 fl., nam. 95 Note 1.; Czychlarz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. S. 258. Note 25. vgl. mit Note 17.

decreto amplissimi ordinis actio denegatur nec interest, consumpti sint nummi an extent in peculio. Multo igitur magis severitate Senatusconsulti ejus contractus improbabitur, qui filiaefamilias mutuum dedit.

soll desswegen beweisend sein, weil ohne Annahme der Verpflichtungsfähigkeit der filiafamilias keine Klage vorhanden, also auch die exceptio S.C. Macedoniani weder möglich noch nöthig gewesen wäre. Allein wenn die filiafamilias bis zum Betrage der Bereicherung sich civiliter zu obligiren vermag (L. 11. C. cit. und arg. Gaj. II. 107 und 108), so fehlt es an der Möglichkeit der Klage nicht — am Wenigsten bei dem Mutuum, das für die Regel einen Werth in das Vermögen des Empfängers bringt, also bereichert. Ist diess der Fall, so liegt die Frage nahe, ob Anschaffungen der filiafamilias, die als Bereicherung derselben erscheinen und insoferne die Klage zu begründen vermögen, nicht zugleich eine versio in rem patris enthalten, und hiedurch die exceptio Senatusconsulti ausschliessen (L. 7. § 12 und 13 S.C. Mac. 14. 6 und a. a. O.): so dass bei Gelddarlehen an die filiafamilias kein Raum für die exceptio wäre? Diese Frage ist es, welche die angeführte Stelle aufwirft und ganz richtig durch die Hinweisung darauf beantwortet, dass das Senatusconsult Geltung beanspruche, auch wenn die empfangenen numi in Natur oder Surrogat im Peculium des filiusfamilias vorhanden seien (nec interest, consumpti sint nummi, an extent in peculio) d. h. durch die Hinweisung darauf, dass Bereicherung des Hauskindes beziehungsweise seines Peculium nicht nothwendig versio in rem patris sei. So aufgefasst, beweist jener § 2 nicht gegen, sondern für die hier vertretene Ansicht.

Die L. 3. § 4. commodati 13. 6. (Ulp. lib. 28. ad Edictum)

— vgl. auch L. 27. pr. peculio 15. 1. —

ferner hat die Beweiskraft, welche ihr dem ersten Anscheine nach dadurch zukömmt, dass sie die actio commodati aus der Person der filiafamilias gibt, während das Commodat das Peculium zunächst nicht bereichert, in keiner Weise, sobald das princ. derselben L. 3. (vgl. auch L. 1. § 15. depositi 16. 3.) beachtet wird.

Wenn weiterhin in Stellen, wie

L. 1. § 3. und L. 27. pr. peculio 15. 1. (Ulp. lib. 29. ad Edictum und Gajus lib. 9. ad Ed. prov.)

der peculiaren Haftung *ex gestis filiaefamilias vel ancillae* ohne Beschränkung auf die Bereicherung erwähnt wird, so mag sich diess erklären theils aus einer nach Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft gebotenen und wenigstens in der angeführten L. 1. § 3. pec. nahe liegenden (vgl. den § 4.) Interpolation, theils daraus, dass nur die peculiare Haftung überhaupt, nicht deren Umfang in Frage steht (L. 27. pr. cit.). Auch könnte möglicher Weise der angeführten L. 27. pr. pec., welche Zweifel an der Verhaftung *ex gestis* der weiblichen Hausangehörigen nicht verkennen lässt, der Gedanke zu Grunde liegen, der in L. 7. § 2. und L. 8. instit. act. 14. 3. für das angränzende Gebiet der *actio institoria* zu Tage tritt: dass nämlich die Bevollmächtigung einer nicht völlig handlungsfähigen Person zur Geschäftsführung im Verhältnisse zum Geschäftsherren den Mangel in der Handlungsfähigkeit beseitige.

vgl. in L. 27. pr. die Worte: *Maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit, aut aliquod (aliud?) artificium vulgare exerceat.*

Die Annahme endlich, dass der Grund der Einschränkung der Weiber bei *filiaefamilias* nicht zugetroffen habe, ist nicht begründet: denn weder für die *filiaefamilias* selbst noch für deren Agnaten kann es gleichgültig sein, wenn nach Lösung der *potestas* das nunmehrige Vermögen beziehungsweise die Erbschaft der gewesenen *filiaefamilias* mit Schulden belastet ist und durch deren Tilgung gemindert werden muss.

§ 39. Die Verpflichtungsgründe (Grundsatz).

Die Gleichstellung der Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder mit der Verpflichtungsfähigkeit der gewaltfreien Personen trifft weiterhin zu in Beziehung auf die Verpflichtungsgründe, d. h. dieselben Verpflichtungsgründe, welche den *paterfamilias* obligiren, verpflichten auch das Hauskind.

Diess beweist sich einmal aus den zu Anfang des vorigen Paragraphen angeführten Stellen, die jene Gleichstellung allgemein aussprechen; ferner aus einer Anzahl von Aussprüchen, welche die *filiifamilias* generell aus Contrakten und Delikten verpflichtet werden lassen, ohne irgend für nöthig zu erachten, eine specielle Qualification dieser Obligationsgründe beizufügen;

L. 57. pr. *iudiciis* 5. 1. (Ulp. lib. 41. ad Sabinum): *Tam ex*

contractibus quam ex delictis in filiumfamilias competit actio...; vgl. ausserdem L. 1. § 42. dep. 16. 3. u. a. m. endlich aus der ausserordentlich zahlreichen Menge von Entscheidungen, welche die verschiedenartigsten Thatsachen als causae theils unmittelbar der Verpflichtung der Hauskinder (und Slaven) theils der Verhaftung des Hausvaters (und dominus) für die ihm gewaltunterworfenen Personen anerkennen. Denn auch die Stellen letzteren Inhaltes gehören hierher: setzt ja doch die Haftung des Gewalthabers immer die Verhaftung der gewaltunterworfenen Person voraus.

Belege in ersterer Beziehung enthalten:

L. 141. § 2. V. O., L. 8. § 4. accept. 46. 4. (stipulatio), L. 10. § 2. fidejuss. 46. 1., L. 5. C. quod cum eo 4. 26. (fidejussio), L. 6. § 7. a. e. v. 19. 1. (venditio); L. 1. § 42. depositi 16. 3. (depositum), L. 53. soluto matr. 24. 3. (dotis datio), L. 17. § 2. ad munic. 50. 1. (Uebernahme des Decurionates) u. a. m.

Die Belege des letzt angedeuteten Inhaltes dagegen sind im dritten Buche zusammenzustellen.

Diese Beispiele, namentlich die letzteren, zeigen, dass die verschiedenartigsten causae die Hauskinder zu verpflichten vermögen: delicta und quasi delicta, contractus und quasi contractus (negotia); unter den negotia wiederum Real- wie Consensualverträge, Uebernahme eines officium wie rechtloses Haben, Intercessionsgeschäfte wie Prozessführung und was mit ihr zusammenhängt u. s. f.

Indessen so vielfach der aufgestellte Satz durch diese Beispiele belegt wird, so ist er doch nicht ausnahmslos gültig: Einmal nämlich hat die Existenz der potestas die Folge, dass Handlungen, die den gewaltfreien Menschen ex delicto obligiren würden, bei einem gewaltunterworfenen Thäter entweder nicht als Delikte erscheinen, oder wenigstens nicht gleich Delikten obligiren. Weiterhin aber erzeugen auch gewisse negotia keine oder wenigstens keine klagbare Verpflichtung des Haussohnes.

§ 40. Die Verpflichtungsgründe (Delikte und Quasidelikte).

In Beziehung auf die deliktischen und deliktsähnlichen Verpflichtungsgründe (delicta und quasi delicta) kommt in Betracht:

I. Die Unterwerfung des Thäters unter die Gewalt kann bewirken, dass eine an sich unerlaubte und auf den Willen des Thäters zurückzuführende Handlung unter Umständen dem letzteren nicht zur Schuld zugerechnet wird, also auch nicht als delictum desselben erscheint ¹⁾:-

Diess ist nach den Quellen der Fall, wenn

a) das Delikt, um das es sich handelt, nicht zu den facinora atrociora gehört, und wenn

b) der Gewalthaber nicht blos von dem Delikte weiss, und solches nicht verhindert, sondern sogar dessen Begehung angeordnet hat (jussit).

L. 2. § 1. noxal. act. 9. 4. (Ulp. lib. 18. ad Edictum) . .

Nam servum nihil deliquisse, qui domino jubenti obtemperavit. Et sane si jussit, potest hoc dici; si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? vgl. dazu L. 4. § 2., L. 17. pr. e. t. (Paulus lib. 3. und lib. 22. ad Edictum); L. 15. § 3. ad leg. Corn. de falsis 48. 10. (Callistratus lib. 1. Quaest.); L. 37. pr. ad leg. Aq. 9. 2. (Javolenus lib. 14. ex Cassio); L. 11. § 7. quod vi 43. 24. (Ulp. lib. 71. ad Edictum).

L. 157. pr. Reg. Jur. 50. 17. (Ulp. lib. 71. ad Edictum vgl. auch L. 11. § 7. cit.): Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si . . dominis . . obtemperaverint. vgl. dazu L. 20. obl. et act. 44. 7. (Alfenus lib. 2. Dig.); L. 17. § 7. injur. 47. 10. (Ulp. lib. 57. ad Edictum).

Zwar ist diess in den angeführten Stellen im Allgemeinen nur in Beziehung auf Slavendelikte, und Noxalhaft aus solchen ausgesprochen. Allein dass der Satz auch auf Delikte der Hauskinder Anwendung findet, ergibt sich aus einigen Stellen, welche die Befreiung allgemein auf die Pflicht zum Gehorsam gründen,

L. 169. pr. R. J. 50. 17. (Paulus lib. 12. ad Plaut.) vgl. mit L. 15. § 3. ad leg. Corn., und L. 37. pr. ad leg. Aq. cit.

1) Zimmern, Noxalklagen S. 238—248.; Unterholzner, Schuldverhältnisse I. § 70. und 210.; vgl. auch A. Schmidt, die Persönlichkeit des Slaven I. S. 10. Note 17.

und eine solche Pflicht bei den Hauskindern, unter Ziehung rechtlicher Consequenzen, anerkennen.

L. 11. § 4. his qui notantur 3. 2. (Ulpianus lib. 6. ad Edictum); L. 13. ad leg. Falc. 35. 2. (Papinianus lib. 37. Quaest.).

Und dass in den Quellen im Allgemeinen als Folge des jussus nur der Ausschluss der Noxalhaft angegeben ist, alterirt die Beziehung derselben auf die eigene Verpflichtung der gewaltunterworfenen Personen keineswegs: denn einmal ist die Noxalhaft des Gewalthabers nichts Anderes als die Form, in welcher von Alters her die eigene Verhaftung der gewaltunterworfenen Personen ex delictis durchgeführt wird; weiterhin fällt ausgesprochener Massen hier die Noxalhaft weg, weil es an der Verschuldung und hiemit am Delikte der gewaltunterworfenen Person fehlt;

vgl. namentlich L. 2. § 1. nox. act. 9. 4. s. cit.

und endlich ist in einzelnen Stellen die direkte Beziehung des Satzes auf die eigene Verpflichtung ausdrücklich ausgesprochen.

L. 20. obl. et act. cit.: . . tum non convenit Praetorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare.

Im Uebrigen zeigen die oben citirten Stellen, dass der Begriff des facinus atrox sehr weit ausgedehnt worden ist — nicht bloß auf Tödtung, piratica u. s. f., sondern auch auf furtum, vis quae a maleficio non abest, selbst injuria — und dass der Befreiungsgrund fast (L. 20. obl. et act. 44. 7.) nur für Vergehen anwendbar bleibt, welche in der Uebertretung rein positiver und insofern willkürlicher Vorschriften bestehen.

Der Grund der Befreiung ist, wie mehrfach hervorgehoben wird, die in der potestas enthaltene Macht, die gewaltunterworfenen Person zum Gehorsam zu nöthigen — wesswegen die Ausdehnung der Befreiung auf emancipirte Kinder ausdrücklich zurückgewiesen wird.

L. 14. pr. leg. Corn. de falsis 48. 10. (Paulus lib. 22. Quaest.).

Hiemit reiht sich die Befreiung den anderen Fällen an, in welchen es am subjectiven Thatbestande eines Deliktes fehlt, weil der Thäter einer näheren und dringenderen Verpflichtung gehorcht.

L. 37. pr. ad leg. Aq. 9. 2. (Javolenus lib. 14. ex Cassio):
 .. actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo jus
 imperandi habuit..

L. 169. pr. R. J. (Paulus lib. 2. ad Plantium): .. ejus vero
 nulla culpa est, cui parere necesse sit.. vgl. auch L. 167.
 § 1. e. t.

Dieselbe ist also keineswegs singulärer Natur, vielmehr nur inso-
 ferne besonders geeigenschaftet, als in jenen anderen Fällen das
 jus imperandi und die necessitas obtemperandi nicht in einem pri-
 vatrechtlichen Verhältnisse ihre Basis haben, und dem entsprechend
 auch nur in den letzteren, nicht im Falle des jussus patris dominive
 das öffentliche Vergehen und die öffentliche Strafe beseitigt wird ²⁾.

II. Die Unterwerfung des Thäters unter die Gewalt bewirkt,
 dass Delikte, die gegen den Gewalthaber oder eine
 der in derselben Gewalt befindlichen Personen be-
 gangen werden, keine Obligation erzeugen ³⁾.

Diess ist in einer Mehrheit von Stellen zunächst in der Weise
 ausgesprochen, dass die Möglichkeit einer actio, eines judicium ex
 delicto zwischen den durch die Gewalt verbundenen Personen (pater-
 familias und filius familias, dominus und servus) verneint wird.

Gajus IV. 78.; Sed si filius patri aut servus domino noxiam
 commiserit, nulla actio nascitur.. (vgl. auch § 6. J. nox.
 act. 4. 8.).

L. 16. furtis 47. 2. (Paulus lib. 7. ad Sab.)... quod non

2) Geib, Deutsches Strafrecht II. S. 219., woselbst übrigens der hier er-
 örterte Fall der Entschuldigung nicht berührt wird (vgl. auch a. a. O. S. 180 fl.);
 dazu Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. § 126. bei Note 30. und 31.

3) Ausführliche Erörterungen über die im Texte besprochene Frage gibt
 Schwanert, Naturalobl. S. 252 fl., 303 fl., vgl. auch S. 162. Er irrt darin,
 dass er einen weder äusserlich beglaubigten noch innerlich begründeten Un-
 terschied zwischen naturalis obligatio und naturale debitum statuirt, und aus
 dem Delikte gegen den Gewalthaber nur letzteres hervorgehen lässt — im
 Zusammenhange einer Seits mit der richtigen Hervorhebung des Umstandes,
 dass ein solches Delikt nur auf das Peculium wirkt, anderer Seits mit einer
 unrichtigen Auffassung der deductio am Peculium (vgl. hierüber unten in der
 Lehre von dem Peculium). Hievon abgesehen sind die Bemerkungen eingehen-
 der und gründlicher, als die der übrigen Schriftsteller. vgl. übrigens auch
 Savigny II. 428.; von der Pfordten, Abhandlungen S. 210 fl., und na-
 mentlich Rudorff in Richters Jahrb. VI. 17 fl., der zuerst das in der po-
 testas gelegene statuere in servum in den Vordergrund gestellt hat.

magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

- L. 6. C. an servus 4. 14. (Imp. Dioclet. et Maxim. A.A. et C.C. Feliciano).... quia inter dominos ac servos iudicium constare nullum potest;

Der weitere Text der ersten unter den angeführten Stellen

.. nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur;

der Inhalt anderweiter Stellen, namentlich der

- L. 17. pr. furtis 47. 2. (Ulp. lib. 39. ad Sab.): Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur....

endlich und hauptsächlich der mehrfach angegebene Grund der Unwirksamkeit solcher Delikte zeigen indessen, dass nicht bloß actio und iudicium, sondern die Entstehung einer Obligatio verneint wird.

Als Grund des angeführten Satzes erscheint nämlich zwar nicht die Unmöglichkeit eines Deliktes des Hauskindes gegen den Hausvater,

- L. 17. pr. furtis cit.; § 12. J. oblig. ex delict. 4. 1.

wohl aber die Befugniß des Gewalthabers, die Delikte der seiner Gewalt unterworfenen Personen vermöge der in seiner Gewalt gelegenen Macht über Leib und Leben der personae subjectae selbst und unmittelbar zu reprimiren:

- L. 17. pr. cit.: .. neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare.

- L. 1. § 1. si is qui testam. 47. 4. (Ulp. lib. 38. ad Edictum) quia neque ut servum se coërceri intellegit..

- L. 3. C. pat. pot. 8. 47. (Imp. Alexander A. Artemidoro).. quem (filium) ... castigare jure patriae potestatis non prohiberis...

Diese Befugniß aber musste — solange nur die Ansprüche ex delicto wesentlich als pönale Ansprüche angesehen wurden — nicht bloß die Zulassung der actio, sondern die Entstehung der Obligatio selbst hindern. Denn letztere ist ja nur die Form, in welcher die Strafbefugniß des verletzten Privaten und die Busspflicht des Thäters concrete Gestalt gewinnen.

Dass jene Anschauung massgebend war, zeigt aber weiterhin die spätere Entwicklung. In der Zeit, nämlich, in welcher die Ju-

risprudenz keinen Anstand nimmt, die gewaltunterworfenen Person aus Rechtsgeschäften mit dem Gewalthaber naturaliter obligirt werden zu lassen (vgl. hierüber den § 42. II.), wird zwar auch ex delictis des Haussohnes und Slaven gegen den Hausvater und Herren eine Naturalobligation abgeleitet: aber solche geht nie über den Ersatzanspruch hinaus, reicht also immer nur soweit, als jene in der potestas gelegene Strafbefugnis in Wirklichkeit nicht reicht.

L. 9. § 6. peculio 15. 1. (Ulp. lib. 29. ad Edictum 15. 1.):
Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio (deducatur) ... an vero ... cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur.

L. 9. § 1. peculio leg. 33. 8. (Paulus lib. 4. ad Sab.): .. Quo casu sine dubio minuitur peculium, sed non ultra simplum. Und selbst in Beschränkung auf den Ersatzanspruch wirkt sie nicht über die Richtigstellung des Peculium hinaus. Wenigstens ist in keiner Stelle irgend eine andere Bedeutung derselben auch nur angedeutet.

vgl. ausser den zuletzt angeführten Stellen L. 4. § 3. und 4., L. 9. § 1., L. 27. § 1. peculio 15. 1. (Pomponius lib. 7. ad Sab.; Ulp. lib. 29. ad Edictum; Gajus lib. 9. ad Edictum prov.); L. 30. pr. act. emti vend. 19. 1. (Africanus lib. 8. Quaest.)

Letzteres ist nun freilich keine nothwendige Folge daraus, dass dem Gewalthaber die Strafbefugnis über die gewaltunterworfenen Person zusteht, erklärt sich aber ohne Schwierigkeiten sowohl daraus, dass die actiones ex delicto durch die ganze römische Rechtsentwicklung vorwiegend pönalen Charakters sind, als daraus, dass neben und ausser der computatio peculii keinerlei praktisches Bedürfniss zur Anerkennung einer naturalen Ersatzpflicht ex delicto drängen mochte.

Im Uebrigen tritt diese Wirkungslosigkeit der delicta — immer abgesehen von ihrem Einflusse auf den Umfang des Peculium — hervor

1) darin, dass durante potestate ex delictis weder eine actio noch eine exceptio für den Gewalthaber und gegen die gewaltunterworfenen Person entsteht und besteht. Diess gilt, in Uebereinstimmung mit dem Ausgangspunkte, nicht blos von denjenigen Delikten, die während Dauer der Gewalt begangen worden sind, sondern auch von den vor der Begründung der jetzigen Gewalt

(ante arrogationem, adoptionem) vorgekommenen Delikten. Denn wenn auch die diesen Satz direkt aussprechenden Stellen

Gajus IV. 78. . . ideoque et si in alienam potestatem perverit aut sui juris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cujus nunc in potestate est, agi potest. vgl. auch § 6. J. nox. act. 4. 8.; ausserdem L. 17. § 1. furtis (Ulp. lib. 39. ad Sab.), L. 18. e. t. (Paulus lib. 9. ad Sab.), L. 65. e. t. (Neratius lib. 1. Membran.); L. 37. nox. act. 9. 4. (Tryphoninus lib. 15. Disp.)

nur von Slavendelikten handeln, liegt doch kein Grund vor, die in ihnen enthaltene Entscheidung nicht auch auf Delikte der Hauskinder zu beziehen (vgl. auch L. 17. § 1. cit. mit dem pr. e. t.).

Dagegen sind allerdings die zwei Ausnahmebestimmungen, nach welchen ein gegen den eigenen Herren und zwar während Dauer der potestas desselben begangenes Delikt die Entstehung gewisser Ansprüche für solchen zur Folge hat:

einer Seits L. 17. § 3. furtis (Ulp. l. c.) vgl. mit L. 21. C. 6. 2. (Imp. Justinianus A. Juliano P. P.).

anderer Seits L. 41. nox. act. 9. 4. (Julianus lib. 2. ad Urseium Ferozem), L. 62. pr. furtis (Africanus lib. 8. Quaest.) u. a. m.

einer Uebertragung auf Hauskinder nicht fähig, da weder von einer possessio der Hauskinder die Rede sein kann (vgl. § 10. I. und L. 21. cit. in fine) noch von gleichzeitiger Gewalt Mehrerer über solche ⁴⁾).

Würde freilich die erste Ausnahmebestimmung mit Schwannert (a. a. O. S. 254 f.) daraus abgeleitet werden müssen, dass der dominus gegen einen servus in fuga keine Strafe verhängen kann, so wäre dieselbe auch hieher von entschiedenem Interesse. Denn sie würde einmal einen nicht ungewichtigen Beleg zur Bestätigung des auch hier genommenen Ausgangspunktes abgeben, und könnte weiterhin wenigstens möglicher Weise analoge Anwendung auch auf den filius familias finden. Indessen argumentirt die

4) Ueber die im Texte angedeuteten, theilweise zweifelhaften und bestrittenen Fragen ist zu vergleichen Zimmern, Noxalklagen S. 166 ff., 200 ff.; vgl. auch Schmidt, die Persönlichkeit des Slaven I. 12. Note 20., Schwannert, Naturalobl. S. 254.

massgebende Stelle (L. 17. § 3. cit.) daraus, dass gegen den dominus, dessen servus in fuga sei, um dieses servus willen keine Noxalklage angestellt werden könne, (movet quaestionem, quod . . . furti actione non teneor); die potestas aber, die hier als fehlend vorausgesetzt wird und deren Mangel den Herrn von der Noxalklage befreit (quasi non sit in mea potestate), ist die faktische Möglichkeit nicht zu einem statuere in servum, sondern zu dem exhibere und noxae dare desselben.

L. 21. § 3. nox. act. 9. 4. vgl. mit L. 21. § 2., L. 22. pr.
— § 3. e. t., L. 215. V. S. u. a. St.

Die Schlussfolgerung Schwanerts ist also zum Mindesten sehr bedenklich.

2) Auch nach Auflösung der Gewalt kann das (vormalige) Hauskind aus einem solchen Delikte in keiner Weise in Anspruch genommen werden.

L. 17. § 1. furtis 47. 2. (Ulpianus lib. 39. ad Sabinum):
Unde est quaesitum, si fuerit . . . manumissus, an furti actione teneatur. Et placet non teneri . . . vgl. ausserdem Gajus IV. 78. (oben unter Lit. a.); L. 1. pr. si is qui 47. 4. (Ulp. lib. 38. ad Edict.).

Allerdings sprechen diese Stellen nur von der Unstatthaftigkeit einer actio, und geben für diese Unstatthaftigkeit einen zunächst formellen Grund an:

neque enim actio, quae non fuit ab initio nata, oriri potest . . .
(L. 17. § 1. cit.).

Allein es ist wohl zu bedenken, dass eine actio aus dem während der Gewalt gegen einen Dritten begangenen Delikte nach der Freilassung unbedenklich gegen den Freigelassenen gegeben wird, obwohl solcher ab initio der actio nicht ausgesetzt ist; dass ferner der Satz, der zur Unterstützung dieser Verhaftung benützt wird (noxa caput sequitur),

L. 42. pr. furtis 47. 2. (Paulus lib. 9. ad Sab.); L. 1. § 18. dep. 16. 3. (Ulp. lib. 30. ad Edictum) und namentlich L. 4. C. an serv. 4. 14. (Imp. Gordianus A. Hieroni)
vgl. aber auch Gajus IV. 78.

auch hier anwendbar gewesen wäre, sobald nur ein gegen den Gewalthaber begangenes Delikt als causa einer Verhaftung erschienen

wäre; endlich dass es der römischen Jurisprudenz nicht schwer geworden wäre, solche formelle Bedenken, wie sie jene Rechtsparömie (*actio, quae non fuit ab initio nata, non oriri potest*) erregt, um der Sache willen zu beseitigen, wenn sie für ihre Beibehaltung nicht einen inneren Grund gehabt hätte. Daraus, dass diess nicht geschehen und die *actio* nach der Emancipation beziehungsweise Manumission nicht gegeben wird, lässt sich desshalb mit ziemlicher Sicherheit schliessen, dass nach der römischen Anschauung das gegen den Gewalthaber begangene Delikt überhaupt und zwar nach wie vor der Aufhebung der Gewalt ohne alle rechtlichen Folgen sein solle.

Kömmst hiez zu weiter, dass sich nirgends exceptivische oder anderweite indirekte Geltendmachung solcher Ansprüche, nirgends ein Einstehen dritter Personen für solche erwähnt findet, so möchte der an die Spitze gestellte Satz bewiesen sein.

3) Ein Delikt, das vor der Begründung der Gewalt (Adoption, Arrogation) durch das nachherige Hauskind gegen den nachherigen Hausvater oder die in derselben väterlichen Gewalt stehenden Personen begangen worden ist, und mit der Begründung der Gewalt alle Rechtswirkungen verloren hat, erhält sie auch dann nicht wieder, wenn diese Gewalt wieder aufgelöst wird.

Diess ist von

Gajus IV. 78. (vgl. auch Paulus in L. 18. *furtis* und Neratius in L. 65. e. t.)

als die Ansicht der Sabinianer referirt (*nostri praeceptores intercidere putant*) — im Gegensatze zu der proculejanischen Ansicht, die eine Sistirung und ein Wiedererwachen der *actio* statuirt. Dass jene Ansicht späterhin die Oberhand erhielt, zeigen

L. 37. *nox. act.* 9. 4. (*Tryphoninus lib. 15. Disp.*) und § 6. *J. nox. act.* 4. 8.

Das Durchdringen gerade dieser Ansicht aber dient wiederum zum Beweise dafür, dass nicht blos die prozessualische Durchführbarkeit, sondern die Existenz des Anspruches mit der Existenz der Gewalt unvereinbar ist: denn anderenfalls wäre die Argumentation der Proculejaner, die lediglich die Unmöglichkeit eines Prozesses zwischen den durch Gewalt verbundenen Personen berücksichtigen (*cum ipse mecum agere non possim*), für consequenter zu erachten gewesen.

§ 41. Die Verpflichtungsgründe (Kontrakte und Quasikontrakte).

Die Regel ist, dass Verträge und vertragsähnliche Verpflichtungsgründe, wenn und soweit sie eine Verpflichtung des gewaltfreien Menschen zu erzeugen vermöchten, auch den *filiusfamilias* obligiren.

Hievon macht eine Ausnahme das *votum*

L. 2. § 1. *pollic. 50. 12. (Ulp. lib. 1. Disp.)*

Dieselbe hängt wohl zusammen mit der ursprünglichen Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder (vgl. hierüber den § 37 unter Ziff. 4.) ist einer analogen Ausdehnung nicht fähig und bedarf keiner weiteren Erörterung.

Eine weitere, gewichtigere Ausnahme besteht bezüglich der *negotia inter patrem et filium* d. h. der Verträge und vertragsähnlichen Geschäfte, welche zwischen dem Hausvater und dem Hauskinde beziehungsweise zwischen derselben Gewalt unterworfenen Hauskindern abgeschlossen werden. Sie vermögen das Hauskind nicht oder wenigstens nicht vollwirksam zu verpflichten und sollen in dem nächsten Paragraphen dargestellt werden (vgl. den § 42.).

Noch eine nicht unerhebliche Ausnahme bewirkt endlich bezüglich der Gelddarlehen der Hauskinder das *Senatusconsultum Macedonianum*, indem es die aus solchen resultirenden Ansprüche klaglos macht. Diese Ausnahme soll theils um ihres singulären Charakters willen, theils damit die Entwicklung des regulären Verhältnisses nicht zu sehr unterbrochen wird, im dritten Abschnitte (§§ 47. f.) separirt dargestellt werden.

Abgesehen von diesen Ausnahmen specieller Geschäfte beziehungsweise der mit gewissen Personen abgeschlossenen Geschäfte gilt die vorangestellte Regel unbeschränkt, also auch

I. für solche Verträge und vertragsähnliche Geschäfte, zu deren Thatbestand der Uebergang eines Werthes in das Vermögen des Schuldners gehört.

Der Zweifelsgrund liegt darin, dass gewaltunterworfenen Personen kein Vermögen, namentlich kein Eigenthum haben können, während doch die *causa obligatoria*, also ihr ganzer Thatbestand in der gewaltunterworfenen Person zutreffen soll.

Dass das römische Recht durch denselben nicht veranlasst worden

ist, eine Verpflichtung der Hauskinder aus diesen *causae obligatoriae* zu verneinen, zeigen alle die Stellen, welche Schulden der Hauskinder beziehungsweise *peculiare* Haftung des Gewalthabers (vgl. hierüber den § 39 am Anfange) hervorgehen lassen aus Darlehen,

- L. 12. S. Co. Maced. 14. 6. (Paulus lib. 30. ad Edictum);
 L. 12. § 13. mand. 17. 1. (Ulp. lib. 31. ad Edict.); L. 2.
 C. ad S. C. Mac. 4. 28. (Impp. Severus et Antoninus
 A.A. Sophiae) u. a. m.

aus *dotis datio*,

- L. 53. sol. mat. 24. 3. (Tryphon. lib. 12. Disp.), L. 36.
 pec. 15. 1. (Ulp. lib. 2. Disp.); L. 38. § 1. e. t. (Africanus lib. 8. Quaest.) u. a. m.

aus Haben ohne Rechtsgrund.

- L. 4. § 1. aleat. 11. 5. (Paulus lib. 19. ad Edict.); vgl.
 auch L. 30. pr. act. e. v. 19. 1. (Africanus lib. 8. Quaest.)

Indessen wäre es unrichtig, anzunehmen, dass bei diesen *causae obligatoriae*, wenn sie in der Person des Hauskindes zutreffen, von dem Requisite des Eigenthums- beziehungsweise Werthüberganges abgesehen werde. Diess geht deutlich hervor aus

- L. 3. § 2. S. Co. Maced. 14. 6. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

nach welcher Stelle auch dem Haussohne gegenüber von einer *mutua pecunia* nicht gesprochen werden kann, solange die *numi* im Eigenthume des Darleihers bleiben. Es ist also Eigenthums- beziehungsweise Werthübergang an den Gewalthaber, in dessen Person allein rechtliches Vermögen beziehungsweise Eigenthum zutreffen kann, zu dem Thatbestande jener *causae obligatoriae* erforderlich und fragt sich nur, ob nicht daneben noch Uebergang der betreffenden Sache beziehungsweise Werthe in das *Peculium* des Hauskindes zu verlangen ist. Die Frage ist unbedenklich zu verneinen, wie einmal aus der L. 53 cit. hervorgeht:

nec interest, in peculio rem vel pecuniam dotalem habeat.

wie weiterhin dadurch bestätigt wird, dass in den anderen oben citirten Stellen (ausgenommen die L. 4. § 1. cit.) nirgends die *versio in peculium* erwähnt wird; und wie endlich nicht widerlegt ist durch diese

- L. 4. § 1. aleat. 11. 5.: *Item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex*

negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit.

Denn entweder wird die *condictio sine causa*, um welche es sich hier handelt, als *condictio furtiva* aufgefasst, und unterliegt aus diesem Grunde derselben Beschränkung, wie die *condictio furtiva* (L. 3. § 12. *peculio* 15. 1. u. a. m. Stellen vgl. unten im dritten Buche): in welchem Falle die Beschränkung keinen Rückschluss auf eine entsprechende Beschränkung der primären Verhaftung der gewaltunterworfenen Person zulässt. Oder es handelt sich zwar um eine effective *condictio sine causa*, und darum dass der Empfänger für nicht Mehr als den noch vorhandenen Vermögenszuwachs einzustehen hat; es will aber der Beisatz

non amplius . . quam id quod ex ea re in peculio sit.

nur besagen, dass nicht für Mehr gehaftet werden müsse, als was noch in dem *Peculium* und durch das *Peculium* in dem *Patrimonium* d. h. also, als was im Vermögen des Gewalthabers von dem Spielgewinne vorhanden sei. In diesem Falle lässt sich allerdings aus der beschränkten Haftung des Gewalthabers auf die entsprechende Beschränkung in der Haftung der gewaltunterworfenen Person rückschliessen: aber es ist nicht gerechtfertigt, dem Vorhandensein in dem *Peculium*, im Gegensatze zu der Bereicherung des *Patrimonium*, eine besondere Bedeutung beizumessen, ist also das aufgestellte Princip nicht alterirt ¹⁾.

Fragt es sich, wie diese Gestaltung der betreffenden *causae obligatoriae* zu erklären sei, so darf nicht mit Puchta ²⁾ darauf recurriert werden, dass die *filiifamilias* nur *jure civili*, nicht *jure gentium* eigenthumsunfähig seien: denn wenn auch die römischen Juristen die *patria potestas* und die aus ihr resultirende Vermögens-

1) Die beiden Auslegungsversuche können ihr volle Begründung nur erhalten durch Das, was in der Lehre von der *actio de peculio* über die peculiäre Delikthaftung auszuführen sein wird. vgl. daher Buch 3. Eine selbstständige Beziehung auf die hier erörterte Frage hat dagegen die Art und Weise nicht, in welcher der *condictio furtiva* und der *a. rerum amotarum* gegenüber de *peculio* gehaftet wird. vgl. übrigens doch die L. 90. pr. a. e. v. 19. 1. Ebenso wenig ist die L. 22. § 12. sol. mat. 24. 3 hieher von Bedeutung, vgl. hierüber oben S. 290 flg.

2) Puchta Instit. III. 92. vgl. dagegen Dietzel, Das *Senatusc. Maced.* S. 21. fl.

losigkeit der Hauskinder als ein *jus proprium Romanorum* betrachtet haben, so ist doch der entgegengesetzten Anschauung nirgends ein Einfluss eingeräumt, weder in Beziehung auf das *Patrimonium* überhaupt, das ausschliesslich dem *paterfamilias* gehört, noch in Beziehung auf das *Peculium*, das von Rechtswegen nicht minder ausschliesslich dem Hausvater gehört und zu dem Haussohne nur in thatsächlicher Beziehung steht.

Dieses ausschliessliche rechtliche Angehören des Vermögens, einschliesslich des *Peculium*, an den Hausvater macht es auch unmöglich, die Verhaftung der Hauskinder *ex mutuo* u. s. f. als eine einfache Folgerung aus der sog. Personeneinheit anzusehen. Denn dieses Princip könnte — selbst wenn es in Wirklichkeit dem römischen Rechte zu Grunde liegen würde (vgl. hierüber den § 5. Ziff. 3) — auf den in Frage stehenden Satz nur führen, wenn es zum Inhalte beziehungsweise zur Folge haben würde, dass das Vermögen des Hausvaters zugleich Vermögen des Hauskindes wäre. Ueberdiess ist nicht zu übersehen, dass eine solche Vermögensseinheit oder Vermögensgemeinschaft bei den auf Vermögensvermehrung sich gründenden Obligationen leichter und natürlicher zu einer direkten Verhaftung des Gewalthabers, als zur Verhaftung der gewaltunterworfenen Person geführt hätte, und dass nicht blos die *filiifamilias*, sondern auch die *servi* — letztere wenigstens *naturaliter* — in dieser Weise verpflichtet werden können, bei ihnen aber von Personeneinheit nicht die Rede sein kann.

Aehnlich wie bei dieser Argumentation fehlt es an der Richtigkeit des Vordersatzes bei der Behauptung Dietzel's: dass *jure* (d. h. im Zusammenhange: *jure civili*) das Hauskind Eigenthümer sei, und nur in Betreff der Ausübung des Eigenthumes in Folge der Gewalt nicht als Berechtigter erscheinen könne, vgl. hiegegen auch oben im § 18.

Aber auch die *Peculienfähigkeit* des Hauskindes beziehungsweise die Existenz von faktischem Vermögen der Hauskinder in den *Peculien* ist nicht massgebend gewesen: hätte sich doch sonst das Requisite nothwendig als Erwerb in das *Peculium fixirt*.

Der Erklärungsgrund scheint vielmehr in der allmäligen und secundären Entwicklung der Verpflichtungsfähigkeit der gewaltunterworfenen Personen gesucht werden zu müssen. Wenn es

nämlich richtig ist, dass die Hauskinder anfänglich gleich den Slaven verpflichtungsunfähig sind und zwar verpflichtungsunfähig in Folge ihrer Erwerbs- und Vermögensunfähigkeit, dass sie aber allmählig nach dem Vorgange der Slaven und mit solchen verpflichtungsfähig werden mit Rücksicht einer Seits auf die Bedürfnisse des Lebens und anderer Seits auf die verschiedenen und nicht unerheblichen Vortheile, welche die Annahme einer rechtlichen Verbindlichkeit auch dem vermögensunfähigen Schuldner gegenüber für den Gläubiger zur Folge hat (vgl. hierüber oben den § 37): so ist erklärlich, dass über die Schwierigkeiten, welche die Vermögensunfähigkeit der Anerkennung der Verpflichtungsfähigkeit entgegenstellt, nicht bloß im Allgemeinen, sondern auch bei den einzelnen Obligationsgründen weggesehen und von vorneherein ohne weitere Unterscheidung zwischen den einzelnen Verpflichtungsgründen die gleiche Verpflichtungsfähigkeit der *fili-familias* und der *homines sui juris* statuirt wird.

Diese Auffassung, die freilich nicht mehr als Hypothese ist, möchte eine weitere Bestätigung finden einmal darin, dass je weiter in der Rechtsentwicklung zurückgegangen wird, um so mehr diejenigen *causae obligatoriae* in den Vordergrund treten, zu deren Thatbestand Eigenthums - beziehungsweise Werthübergang gehört; und dann darin, dass das sicherlich nahe liegende Bedenken gegen die Uebertragung der in Frage stehenden *causae obligatoriae*, wie es in Vorstehendem besprochen worden ist, der römischen Jurisprudenz ganz fremd zu sein scheint.

II. Auch solche Verträge erzeugen Schulden des Hauskindes, welche im Auftrage des Hausvaters oder eines Dritten, in Vertretung des Hausvaters oder eines Dritten, endlich *jussu patris* beziehungsweise in *rem patris* abgeschlossen worden sind.

Diess ist eine einfache Folge aus dem Grundsatz, dass die Hauskinder durch dieselben Thatfachen und unter denselben Voraussetzungen verpflichtet werden, wie die gewaltfreien Personen — wenn nur beachtet wird, dass nach classischem Rechte der Contrahent verpflichtet wird: ob er in eigenen Angelegenheiten und eigenem Namen oder in fremden Angelegenheiten und fremdem Namen, ob er als *dominus negotii* oder als eigentlicher oder un-

eigentlicher Stellvertreter, als beauftragter oder unbeauftragter Geschäftsführer contrahirt.

Der Beweis aber, dass diese Folgerung gezogen ist, liegt namentlich in der Gestaltung der Voraussetzungen der actiones adjectitiae qualitatis: denn diese actiones, deren eine oder andere oder alle in jedem der angeführten Fälle zutreffen, setzen immer eigene Verhaftung des Hauskindes voraus. Vgl. hierüber unten die Lehre von den act. adject. qualitatis im dritten Buche, und ausserdem z. B. L. 7. § 11 S.C. Maced. 14. 6. (Ulp. lib. 29 ad Edict.)

Wenn nach der einen oder anderen Richtung hin bei älteren Schriftstellern sich bisweilen andere Ansichten aufgestellt finden, so beruhen sie durchaus auf Missverständnissen. So namentlich, wenn aus

L. 4. C. quod cum eo 4. 26 (Imp. Antoninus A. Leontio):
Si ex contractu patris jussu ejus pecuniam accepisti, teque
ejus hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus
ejus conveniaris. vgl. auch L. 5. pr. quod jussu 15. 4.
(Paulus lib. 4 ad Plautium).

geschlossen wird, dass der filiusfamilias in eigenem Namen und nicht auf Befehl des Vaters contrahirt haben müsse ³⁾). Denn die Stelle denkt sich den Haussohn lediglich als beordert zum Geldempfang (Si... pecuniam accepisti), also als Gehülften (nuntius), nicht als Contrahenten.

vgl. z. B. L. 12. S.C. Maced. 14. 6. (Paulus lib. 30 ad Edictum); L. 7 pr. C. e. t. (Imp. Justinianus A. Julianus P.P.).

Eine andere Frage ist, ob Schulden, welche im Auftrage oder in Vertretung des Hausvaters contrahirt worden sind, nicht den schliesslichen Erfolg, noch auf letzteren übergewälzt werden können. vgl. hierüber das dritte Buch.

§ 42. Die Verpflichtungsgründe (Verpflichtung des Hauskindes gegenüber dem Hausvater).

Verträge und vertragsähnliche Geschäfte, abgeschlossen zwischen Hausvater und Hauskind bezie-

3) Glück XIV. S. 288.

ungsweise zwischen den einer und derselben Gewalt unterworfenen Hauskindern erzeugen zunächst keine, späterhin nur eine *naturale* Verbindlichkeit der Hauskinder.

I. Dass *negotia* zwischen Hausvater und Hauskind, welche ihrem Inhalte nach für Ersteren einen Erwerb, namentlich die Entstehung einer Forderung desselben gegen letzteres zur Folge haben sollen, *unwirksam* sind, beweist sich durch dieselben Stellen, welche in § 20 für die Unwirksamkeit der *negotia inter patrem et filium* nach der entgegengesetzten Richtung hin angeführt worden sind. Denn die Stellen sprechen entweder von *onerösen* Geschäften und erklären dieselben für *unwirksam*, ohne zwischen den beiden Seiten des Geschäftes zu unterscheiden;

L. 2 pr. cont. emt. 18. 1; L. 14. § 3 in diem add. 18. 2;

L. 25. § 5 usufr. 7. 1;

oder sie sprechen die Unmöglichkeit der Existenz einer *Obligatio* zwischen den durch Gewalt verbundenen Personen aus, wiederum ohne diese Unmöglichkeit auf die Verhaftung des *Gewalthabers* zu beschränken;

Gajus IV. 78.

oder endlich erklären sie auch direkt die Unmöglichkeit einer Schuld der gewaltunterworfenen Person gegenüber dem *Gewalthaber*.

Gajus III. 104 (§ 6 J. inut. stip. 3. 19): *Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui juri meo subjectus est . .*

L. 15. § 2 castr. pec. 49. 17 (Papin. lib. 35. Quaest.): *Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur (vgl. § 1 e. l.).*

Die Ausdrucksweise lässt auch hier kaum einen Zweifel, dass diese Ungültigkeit ursprünglich als eine totale, das Geschäft als nichtig, die anscheinend existente Schuld als nicht vorhanden (*obligatio nulla*) zu denken ist. Zwar bringen die betreffenden Akte in der Zeit der Juristen, deren Schriften die angeführten Stellen entnommen sind, zweifellos eine *Naturschuld* der gewaltunterworfenen Person hervor (II). Diess nöthigt aber keineswegs zu der Annahme, dass die Ausdrücke, die sonst die Nichtexistenz der *Obligation* bezeichnen, hier deren Klaglosigkeit, die Ausdrücke, die sonst die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes bezeichnen, hier eine nur theil-

weise Unwirksamkeit zu bezeichnen bestimmt seien ¹⁾. Vielmehr erklärt sich diese Ausdrucksweise neben jener Anerkennung von Naturschulden am besten, wenn davon ausgegangen wird, dass in früherer Zeit die Wirkungslosigkeit der *negotia inter patrem et filium* eine absolute gewesen, in dieser Zeit die Regel formulirt worden, und die so formulirte Regel — ohne weitere Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Rechtsänderung — beibehalten und überall, wo die Naturschuld nicht gerade in Frage steht, angewendet worden ist.

Zweifelhafter ist, ob derselbe Grund, der die Unmöglichkeit einer Verpflichtung des Hausvaters, und hiemit die Unwirksamkeit der *negotia inter patrem et filium* nach dieser Seite hin hervorgerufen hat (vgl. oben in § 20. Ziff. 4), auch hieher zutrifft. Indessen ist auch diese Frage zu bejahen, also davon auszugehen, dass die allgemeine Gestaltung der vermögensrechtlichen Stellung des Hauskindes (Vermögensunfähigkeit und Vereinigung allen Erwerbes in dem *Patrimonium*) der nächste Grund auch der hier in Frage stehenden Ungültigkeit und Unwirksamkeit ist.

Zunächst zwar stellt sich, wenn die im § 37 aufgestellte Vermuthung über die allgemeine ursprüngliche Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder richtig ist, die Unmöglichkeit einer Verpflichtung gegenüber dem Hausvater als einfacher Anwendungsfall dieses Prinzipes dar. Allein abgesehen davon, dass jene Aufstellung eben doch nur eine nicht zu völliger Sicherheit zu erhebende Vermuthung ist, erklärt sie für sich allein nicht, warum bei der späterhin erfolgenden Anerkennung der vollen Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes die Unfähigkeit der Verpflichtung gegenüber dem Gewalthaber festgehalten worden ist.

Diese Thatsache beziehungsweise, wenn die ursprüngliche Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder zu verwerfen wäre, die von Anfang an vorhandene Ausnahme von der Verpflichtungsfähigkeit findet nun ihren nächstliegenden Erklärungsgrund zwar nicht in der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder an sich, wohl aber in deren Consequenz und Correlat: nämlich in der Vereinigung allen Erwerbes des Hauskindes in dem Vermögen

1) So Savigny II. 425. Note g.; Schwanert a. a. O. 309.

des Hausvaters. Diese Vereinigung gibt dem Hausvater Alles, was das Kind erwirbt, und hiemit das Kind selbst als Erwerbs- und Arbeitskraft. Anderes und Weiteres aber vermag — dem Kinde selbst gegenüber und für die Zeit der Gewalt — eine *Obligatio filii* dem Hausvater nicht zu verschaffen. Grund genug, eine solche *Obligatio* nicht entstehen zu lassen — namentlich für ein Recht, das seit sehr früher Zeit jeden Zwang, der gegen den Schuldner ausgeübt wird, auf die Erzwingung einer Geldzahlung, also direkt auf eine Leistung auslaufen lässt, welche der Hausvater, soweit sie das Kind überhaupt zu beschaffen vermag, in seiner Gewalt und durch solche schon hat.

Neben dieser Unterordnung aller Erwerbsfähigkeit des Hauskindes unter das Recht des Hausvaters und der Einordnung alles Resultates dieser Erwerbsfähigkeit in dessen Vermögen kommt wohl dem weiteren Umstande keine selbstständige Bedeutung zu, dass die *Potestas* dem Hausvater eine ähnliche Gewalt über das Hauskind gibt, wie sie dem Gläubiger in Verfolgung seines Rechtes auf *Personalexecution* über den addizirten Schuldner eingeräumt ist, dass also auch nach dieser Richtung hin die *Obligatio* und deren Geltendmachung dem Gewalthaber keine Machterweiterung verschaffen kann. Denn die *Personalexecution* ist eben nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck; ist aber der Zweck in Folge der Gestaltung des Familiengüterrechtes als gesonderter Zweck nicht denkbar, so lässt sich kaum annehmen, dass die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Mittels massgebend eingewirkt haben sollte.

Diese Auffassung findet zwar keine direkte Unterstützung in einzelnen Quellenstellen — denn die Quellen sprechen sich im Allgemeinen über den Grund der Ungültigkeit der *negotia inter patrem et filium* nicht aus — noch weniger aber stösst sie auf quellenmässige Schwierigkeiten. Denn die einzige Stelle, die mit einigem Grund für eine gegentheilige Ansicht angeführt werden kann:

L. 16. *furtis* 47. 2 (*Paulus lib. 7 ad Sabinum*): *Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.*

sagt nicht, warum die Klage gegen den *filiusfamilias* so wenig

möglich sei, als eine Klage des *paterfamilias* gegen sich selbst, steht also auch der ohnediess nahe genug liegenden Annahme nicht entgegen, dass diess desswegen nicht möglich sei, weil die Leistung aus dem Vermögen des *paterfamilias* beziehungsweise durch die dessen Vermögen dienende Arbeits- und Erwerbskraft des Haussohnes, insoferne also durch den Kläger selbst, gemacht werden müsste.

Ebenso wenig lässt sich gegen die hier vertretene Ansicht einwenden — was nicht mit Unrecht gegen die Erklärung eingewendet worden ist, die unmittelbar von der Vermögenslosigkeit beziehungsweise Vermögensunfähigkeit der Hauskinder ausgeht —, dass dieser Mangel eines Vermögens auch dritten Gläubigern gegenüber vorhanden, diesen aber Forderung und Klagerecht nicht entzogen sei. Denn diese dritten Gläubiger haben Erwerb und Erwerbskraft des Hauskinds nicht in ihrem Vermögen beziehungsweise in ihrer Gewalt, wie der Hausvater. Hierauf aber, nicht auf den Mangel des Vermögens, stützt sich der obige Erklärungsversuch.

Und wenn endlich gegen die Ableitung aus der Personeneinheit oder Personenidentität die Unverträglichkeit dieses Principes mit der wirklichen Gestaltung der *patria potestas* (vgl. § 5. Ziff. 3), gegen die Ableitung aus dem Subjectionsverhältnisse als solchem die Thatsache, dass *negotia intra patrem et filium* allerdings mit gewissen Rechtswirkungen versehen sind (vgl. hierüber oben § 20. Ziff. 1), geltend zu machen ist: so trifft hieher keine dieser Einwendungen zu, und erscheint im Gegentheile die Einheit des Ausgangspunktes — für die Ungültigkeit der activen und der passiven Seite des *negotium* — als nicht unerhebliche Bestätigung seiner Richtigkeit *).

2) Ueber und gegen ältere Erklärungsversuche — namentlich aus der Personenidentität — vgl. v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 113 fl. und Brinz S. 1110 und 1161. Von der Pfordten selbst erklärt S. 137 fl. die Ungültigkeit der *n. i. p. et f.* nach beiden in Betracht kommenden Richtungen hin aus der Vermögenslosigkeit der Hauskinder, und sucht die naheliegende Einwendung, welche aus der Anerkennung einer gegen extranei wirkenden Verpflichtungsfähigkeit entnommen werden kann, dadurch zu beseitigen, dass er die Vermögenslosigkeit der Kinder nur im Kreise der Familie vorhanden, gegen Aussen das Kind nur faktisch vermögenslos sein lässt. Sein Recensent Rudorff (Richters Jahrb. VI. 18 fl.) macht dagegen mit Nach-

II. Die *Negotia* zwischen Hausvater und Hauskind können, ihrer principiellen Unwirksamkeit unerachtet, eine *naturale Verbindlichkeit* des letzteren hervorbringen, und zwar eine *naturale Verbindlichkeit*, die nicht nothwendig und nicht ausschliesslich *Peculiarschuld* ist ³⁾).

Die Entstehung *natürlicher* Schulden der gewaltunterworfenen Personen aus den von ihnen mit dem Gewalthaber abgeschlossenen *Negotia* steht fest;

Gajus III. 119 (vgl. § 1. J. fidej. 3. 20): .. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adjiciatur; adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fidejussorem accipiat, sive dominus in id quod sibi debeat.

L. 38. § 1. cond. ind. 12. 6 (Africanus lib. 9. Quaest.);

L. 9. § 2—4, § 6 u. 7, L. 11. pr. § 2. peculio 15. 1 (Ulp. lib. 29. ad Edictum);

L. 49. § 1 u. 2. e. t. (Pomponius lib. 4. ad Quintum Mucium);

L. 6. pr. u. § 5. peculio leg. 33. 8 (Ulp. lib. 25. ad Sabin.)
und zwar fest für eine ziemlich frühe Zeit. Denn schon Servius,

druck auf die Strafgewalt über die Hauskinder und namentlich auf diejenige Gewalt über die Person derselben aufmerksam, welche die *Personalexecution* überflüssig mache. Beide Gesichtspunkte stehen gleichberechtigt neben einander und mit richtiger Wendung des ersteren bei Schwanert, *Naturalobl.* S. 311, insofern hier die Unzulässigkeit mindestens der *actio* daraus abgeleitet wird, dass der Vater vermöge der Gewalt habe sowohl was ihm *actio* auf *Addiktion* als *actio* auf *Geldprästation* zu verschaffen vermöge. Brinz endlich (S. 1160 fl.) macht nebeneinander die *Subjection* geltend, welche bewirke, dass nur eine Person im Hause sei, und die Concentrirung aller Macht, welche der Gläubiger über den Schuldner haben könnte (*manus injectio, addictio, distractio*), in der *patria potestas*. Dass ihm aber der erstere Grund ausschlaggebend und die *Subjection* nicht blos Unterordnung der *Erwerbsfähigkeit* ist, wie es nach S. 1160 scheinen könnte, zeigen die Folgerungen auf S. 1184 und 1202. Im Uebrigen sind die in den Noten zu § 20 enthaltenen Citate auch hieher bezüglich.

3) Ueber die *Naturschulden* der gewaltunterworfenen Person gegen den Gewalthaber vgl. die in § 20 N. 4 und 5 angeführten Schriftsteller, welche übrigens, was die Entstehungsgeschichte und die Tragweite der *Naturalobligationen* zwischen den gewaltunterworfenen Personen betrifft, zwischen Forderungen und Schulden des Gewalthabers nicht unterscheiden.

der Zeitgenosse Cicero's, hat eine Definition des Peculium vorgefunden, die der Naturschulden des Peculieninhabers erwähnt und hat solche gerade nach dieser Richtung hin ergänzt ⁴⁾.

L. 9. § 3. peculio: Huic definitioni Servius adjecit: et si quid his debeat, qui sunt in ejus potestate — quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.

Der Grund ihrer Anerkennung aber möchte nicht, oder wenigstens nicht ausschliesslich beziehungsweise vorwiegend, in der Existenz von Peculien, vielmehr in denselben Verhältnissen zu suchen sein, die zur Anerkennung der naturalen Verpflichtungsfähigkeit der Slaven und — wenn die Hypothese des § 37 richtig ist — zur Anerkennung der Verpflichtungsfähigkeit der filiifamilias überhaupt geführt haben. Von den Consequenzen der naturalen Verpflichtungsfähigkeit der Slaven nämlich, welche die

L. 13. pr. cond. ind. 12. 6 (Paulus lib. 10 ad Sabinum):

Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine ejus solvat vel ipse manumissus, aut ⁵⁾ (ut Pomponius scribit) ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneratitia reddenda est.

hervorhebt und die in Wirklichkeit ebenso viele Veranlassungsgründe für die Anerkennung dieser Verpflichtungsfähigkeit sind, kann die Mehrzahl auch dem dominus des Slaven selbst zu gute

4) Kuntze (Excursus S. 315) behauptet allerdings, der Begriff der Naturalobligationen als klagloser und unvollkommener möge durch Julian durchgesetzt worden sein und sei zu den Zeiten des Servius Sulpicius noch ganz ausser der juristischen Denkmöglichkeit gelegen — mit welchem Rechte? zeigt die L. 9. § 3. pec., wenn sie auch den Namen »obligatio naturalis« nicht gebraucht. Die von Kuntze angezogene L. 40. § 3. condit. 35. 1. lässt entweder nur bezüglich der Naturschulden des Gewalthabers (§ 20.), oder — wohl richtiger — überhaupt keinen Schluss auf die Entstehungszeit der naturales obligationes zu.

5) »Aut« fehlt zwar in Manuscripten und Basiliken; dass aber eine Einschaltung nothwendig ist, ist allgemein zugegeben (Schulting, Mommsen, Savigny — System II. 425. Note 12); es möchte sich aber aut aus inneren und äusseren Gründen mehr empfehlen, als das gewöhnlich eingeschobene vel.

kommen, dem dominus also Vortheile verschaffen, die ihm die Gewalt über den Sklaven an sich nicht gewährte: so die Zahlung, die Verbürgung, die Verpfändung von Seiten dritter Personen; so weiterhin die Zahlung von Seiten des manumissus. Dass die Möglichkeit, diese Vortheile dem dominus zu verschaffen, nicht ausser Acht gelassen worden ist, ist um so natürlicher, je häufiger Versprechen von Loskaufsummen für den Fall der Freilassung und Sicherstellung solcher Versprechen durch extranei vorkommen mochten, und je näher es lag, derartigen Zusätzen und Versprechungen diejenige Wirksamkeit nicht zu versagen, die sie ohne Verletzung principaler Rechtsgrundsätze haben konnten. Wenigstens weist hierauf die häufige Erwähnung solcher Zusagen in den Quellen hin

L. 104. V. Obl. 45. 1 (Javolenus lib. 11 ex Cassio);

L. 11. § 1. peculio 15. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edictum);

L. 8. § 5. peculio leg. 33. 8 (Ulp. lib. 25 ad Sab.);

und der — allerdings der späteren Zeit angehörende — Versuch, um derselben willen selbst eine Klage gegen den manumissus zu gewähren.

L. 3. C. an servus 4. 14 (vgl. unten 4. lit. b).

Ein Widerspruch mit dem Gedanken, der auf die Unwirksamkeit von *Negotia inter dominum et servum* und speciell auf die Unmöglichkeit von Schulden des *servus* gegen den *dominus* geführt hat, liegt zweifellos nicht vor. Denn jene Rechtswirkungen zeigen eben, dass im Verhältnisse zu Dritten und für die Zeit nach Lösung der Gewalt die Gewalt dem Gewalthaber nicht Alles gewährt, was ihm ein Forderungsrecht zu gewähren vermöchte. Wird nun die *Obligatio* als nicht existent gedacht, weil sie für den Gewalthaber die regelmässige Bedeutung einer *Obligation* nicht haben kann, so ist es nicht mehr als consequent, soweit dieser Grund nicht zutrifft, auch die *Obligatio* anzuerkennen.

Sind auf diese Weise die Sklaven im Verhältnisse nicht blos zu Dritten, sondern auch zu dem eigenen Herren verpflichtungsfähig geworden: so bedarf es wohl eines besonderen Erklärungsgrundes für die parallel laufende Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder nicht. Eher liesse sich fragen, warum letztere nur Dritten, nicht auch dem Hausvater gegenüber völlig verpflichtungsfähig

geworden sind? warum nach Anerkennung der Verpflichtungsfähigkeit constant und aufs Bestimmteste die Möglichkeit eines Prozesses zwischen Hausvater und Hauskind und namentlich einer Klage des ersteren gegen das letztere verneint wird?

L. 4. jud. 5. 1 (Gajus lib. 1. ad Ed. prov.): *Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus.*

Indessen liegt die Antwort auch auf diese Frage nahe genug. Was das Hauskind selbst dem Hausvater zu gewähren vermöchte — Zahlung entweder aus dem Peculium oder durch eigene Arbeitskraft — hat der Gewalthaber nach wie vor vermöge seiner Gewalt. Prozessführung und Klagerecht sind ihm also bedeutungslos und deshalb in voller Uebereinstimmung mit dem Ausgangspunkte versagt: während für den dritten Gläubiger die Leistung durch das Hauskind ihren vollen rechtlichen und faktischen Effekt, und um dieser Möglichkeit der Leistung willen Klage und Urtheil, der Vermögenslosigkeit des Kindes unerachtet, ihre Bedeutung haben.

Wenn hienach — anders als in Beziehung auf die naturalen Schulden der Gewalthaber (vgl. hierüber den § 20) — die Anerkennung naturaler Forderungen derselben nicht aus der Existenz und relativen Anerkennung der Peculien erklärt werden will, so soll doch selbstverständlich nicht in Abrede gezogen werden, dass auch diese naturalen Forderungen ihre hauptsächliche Berücksichtigung bei der Peculienberechnung finden (vgl. hierüber Buch 2 und 3), und dass die Existenz von Peculien, namentlich aber die Aufnahme der *actio de peculio* in das Edikt, neben den anderen Ursachen von Einfluss auf jene Anerkennung gewesen ist. Die Möglichkeit der Zahlung aus dem Peculium, die auch in der angeführten L. 13. cond. indeb. betont wird, und die Anstellbarkeit der Peculienklage gegen den Gewalthaber mochten die Annahme erheblich fördern, dass aus Rechtsgeschäften der gewaltunterworfenen Personen Verbindlichkeiten resultiren; und die — in den Quellen sehr in den Vordergrund tretende — Nothwendigkeit der *computatio peculii* hat sicherlich die Ausdehnung jener Verpflichtungsfähigkeit auf das Verhältniss zwischen Gewalthaber und gewaltunterworfenen Person nicht wenig unterstützt. Aber hierin den einzigen oder auch nur den massgebenden Grund der Verpflichtungsfähigkeit der gewaltunterworfenen Personen überhaupt oder ihrer Verpflichtungs-

fähigkeit gegenüber dem Gewalthaber zu sehen, ist nicht richtig (vgl. namentlich auch unten Z. 1, 4, 5).

Des Näheren ist über diese Naturschulden folgendes zu bemerken:

1) Naturschulden des Hauskindes gegen den Hausvater können entstehen, ohne dass das Hauskind ein Peculium hat, und ohne dass, wenn es ein Peculium hat, die Entstehung *ex causa peculiari* erfolgt ⁶⁾.

Letzteres beweist sich dadurch, dass die gewaltunterworfenen Personen Schuldner ihrer Gewalthaber werden, wenn diese irgend Etwas *pro capite servi* leisten, z. B. in Folge Anstellung einer Noxalklage die *litis aestimatio* prästiren,

L. 16. pr. pec. leg. 33. 8 (Africanus lib. 5. Quaest.); L. 11.

pr. pec. 15. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edictum)

oder wenn sie selbst dem Gewalthaber *pro libertate* eine Zusage gemacht haben;

L. 11. § 1. pec. cit.; L. 104. V. Obl. 45. 1 (Javolenus lib. 11 ex Cassio)

denn an einen materiellen Zusammenhang zwischen *causa obligatoria* und *peculium*, also an *causa peculiaris* (vgl. hierüber unten Buch 2) lässt sich bei diesen Schulden wenigstens für die Regel nicht denken. Ein weiterer Beweisgrund ist die Möglichkeit, solche Naturschulden unter besonderen Umständen, die allerdings nur bei Slaven zutreffen können, mit einer *actio de peculio* geltend zu machen ⁷⁾,

L. 19. § 2. peculio 15. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edictum), vgl.

auch L. 11. § 8, L. 27. § 6, L. 29 pr., L. 47. § 4. e. t.

— diess insoferne, als die *actio de peculio* irgend welchen Zusammenhang des verpflichtenden *Negotium* mit dem *Peculium* nicht voraussetzt. Ueberdiess führt der Grund der Anerkennung der in Frage stehenden Naturschulden in keiner Weise auf einen nothwendigen Zusammenhang der anerkannten Schulden mit dem Pe-

6) Diess ist die gewöhnliche Ansicht, A. M. aber namentlich Sintonis III. § 142. II., und Windscheid § 289. Ziff. 6.

7) Meine Abhandlung über *Peculium duplicis juris* in der Z. f. R.-Gesch. VIII. S. 386. Z. 5.; S. 393. lit. c.; S. 398. lit. d.

culium und betonen die Quellen — so oft sie auch dieses Zusammenhanges erwähnen — doch nirgends dessen Nothwendigkeit.

Darf hienach mit Sicherheit angenommen werden, dass *causa peculiaris* nicht verlangt wird, so liesse sich die Existenz eines *Peculium* als Voraussetzung der naturalen Verpflichtungsfähigkeit nur noch erklären, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Schulden auf das *Peculium* und dessen Berechnung beschränkt wäre. Dass diess nicht der Fall ist, wird unter Z. 4 u. 5 nachgewiesen werden. So fehlt es an jedem Grunde für die Annahme einer solchen Voraussetzung. Es spricht aber ausserdem gegen solche einmal der Umstand, dass die Verpflichtungsfähigkeit der gewaltunterworfenen Personen — namentlich auch der Slaven — gegenüber dritter Personen von der Existenz eines *Peculium* gänzlich unabhängig ist und dann der Inhalt mehrerer Quellenstellen — so der oben angeführten

L. 104. V. Obl. 45. 1 (*Javolenus lib. 11 ex Cassio*), welche der Verpflichtung durch *pacisci pro libertate* und der Gültigkeit der für solche geleisteten Bürgschaft erwähnt, ohne nach Wortlaut oder Sinn dabei die Existenz eines *Peculium* vorauszusetzen; so der

L. 38. § 2. *peculio* (*Africanus lib. 8. Quaest.*), welche direkt davon spricht:

si cuilibet alii servorum suorum *peculium* non habenti credidisset...

und für diesen Fall nicht Nichtexistenz der Schuld, sondern nur materiellen Verlust des *creditum* in Aussicht nimmt (*damnum dominum passurum*); so der

L. 18. pr. neg. gestis 3. 5 (*Paulus lib. 2 ad Neratium*) welche *Naturalschuld* und *Zahlungspflicht* auch annimmt:

si in *peculio* nihil habuit.

2) Die Hauskinder werden durch dieselben *causae* kontraktlicher und quasikontraktlicher Natur dem Hausvater gegenüber verpflichtet, durch welche ein gewaltfreier Mensch verpflichtet wird.

Diese Uebereinstimmung der zwischen Hausvater und Hauskind möglichen Verpflichtungsgründe mit den allgemein gültigen Verpflichtungsgründen ist theils in generellen Sätzen ausgesprochen;

L. 9. § 6. peculio (Ulp. lib. 29 ad Edictum): Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquis, deducet dominus.

L. 49. § 2. e. t.⁸⁾ (Pomponius lib. 4. ad Quint. Mucium) Ut debitor .. servus domino .. intellegatur, ex causa civili computandum est.

theils durch Verwerfung von Verpflichtungsgründen bewiesen, die unter gewaltfreien Personen nicht obligiren würden;

L. 49. § 2. cit.: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem. vgl. auch L. 4. § 1. e. t. (Pomponius lib. 7 ad Sab.)

theils endlich massgebend in den zahlreichen Beispielen der verschiedenartigsten kontraktlichen und quasikontraktlichen causae, die als Entstehungsgründe von Naturalschulden der gewaltunterworfenen Personen gegen ihre Gewalthaber in den Quellen vorkommen. Es werden nämlich in dieser Beziehung erwähnt: Darlehensverträge;

L. 37. § 3. peculio (Julianus lib. 12. Dig.), L. ult. e. t. (Scaevola lib. 5. Dig.); L. 38. § 1. cond. ind. (Africanus lib. 9. Quaest.)

Stipulationen, und zwar sowohl expromissiones pro debitore oder pro libertate, als anderweite Stipulationen;

L. 11. § 1, L. 56. pec. (Ulp. l. c., Paulus lib. 2 ad Neratium), L. 56. § 1. fidej. 46. 1 (Paul. lib. 15. Quaest.)

Miethverträge;

L. 37. § 3. peculio cit., L. 16. de in rem verso 15. 3. (Alfenus lib. 2. Dig.)

Geschäftsführung der gewaltunterworfenen Person für den Gewalthaber, die ebenso wohl auf Auftrag beruhen, denn als negotiorum gestio erscheinen kann;

L. 49. § 1. pec. s. c., L. 62. solut. 46. 3. (Paul. lib. 8. ad

8) Ueber L. 49. § 2. cit. und deren Bedeutung für die Lehre von den Naturalobligationen überhaupt vgl. Holtius, Abhandlungen (übersetzt von Suto) S. 22 ff.; und über den in ihr ausgesprochenen Satz: Savigny, System II. 423, Brinz, crit. Blätter III. 42 ff., Schwanert a. a. O. S. 157 ff.

Plantium), L. 13. C. quod cum eo 4. 26. (Imp. Honor.
et Theod. A.A. et C.C. Joanni P.P.); L. 9. § 6. und L.
11. § 2. pec. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Geschäftsführung des Gewalthabers für die gewaltunterworfenen Person durch Bestreiten von Auslagen und durch Obligierung für solche;

L. 9. § 7. und 8., L. 11. pr. § 1. und § 5., L. 22. und 23 peculio (Ulp. l. c.; Pomponius lib. 7. und 9. ad Sabin.);

L. 16. pec. leg. 33. 8. (Afric. lib. 5. Quaest.)

Haben ohne Rechtsgrund.

L. 30. pr. a. e. v. 19. 1. (Africanus lib. 9. Quaest.)

Doch sind nach zwei Seiten hin mindestens scheinbare Abweichungen zu constatiren:

a) Die Stellen über die *negotiorum gestio*

vgl. namentlich L. 9. § 7. und 8. peculio

lassen kaum einen Zweifel darüber, dass ein der *actio negotiorum gestorum contraria* entsprechender Anspruch des Gewalthabers unter Voraussetzungen anerkannt wird, unter welchen zwischen gewaltfreien Personen die Entstehung jener *actio* erheblichen Bedenken unterliegen würde; dass namentlich den subjectiven Requisiten dieser *actio* keine Beachtung geschenkt, und der Anspruch lediglich aus der Thatsache der Obligierung oder Vermögensminderung in Angelegenheiten der gewaltunterworfenen Person abgeleitet wird.

Diess ist indess ohne Annahme einer Singularität erklärlich. Denn einmal fallen die Interessen der gewaltunterworfenen Person und des Gewalthabers in Wirklichkeit zusammen oder durchdringen sich jedenfalls in viel intensiverer Weise, als zwischen gewaltfreien Personen der Fall ist. Weiterhin aber muss der für die *negotiorum gestio* nach manchen Seiten hin bestimmende Willen des Geschäftsherrn — wenn dieser Geschäftsherr der Gewalt des Geschäftsführers unterworfen ist — um dieser Gewalt willen naturgemäss zurücktreten.

b) Nach

L. 104. Verb. Obl. 45. 1.: Cum servus pecuniam pro libertate pactus est et ob eam rem reum dedit ... reus tamen recte obligabitur. vgl. mit L. 6. manum. 40. 1. (Alfenus Varus lib. 4. Dig.), L. 8. § 5. peculio leg. 33. 8. (Ulp. lib. 25. ad Sab.)

scheinen formlose pacta, wenn sie dem dominus den Ersatz des durch die Freilassung entgehenden Werthes zusichern, eine zur Grundlage einer fidejussio geeignete Naturschuld des Slaven zu begründen. Diess wäre von Bedeutung, — und zwar nicht blos für die Naturschulden der gewaltunterworfenen Personen, sondern für die Theorie der Naturalobligationen überhaupt — wenn daraus geschlossen werden könnte, dass zwischen Gewalthaber und gewaltunterwerfener Person das pactum die Stelle der stipulatio zu vertreten vermag. Indessen bleibt schon zweifelhaft, ob nicht unter dem pacisci der angeführten Stellen ein pacisci durch verborum obligatio zu verstehen ist — wenigstens spricht L. 2. § 2. quar. rer. act. 44. 5. gerade in Beziehung auf Zusicherungen des angeführten Inhaltes von promittere und spondere — und wäre es weiterhin sehr misslich, einer Abweichung, die sich ausschliesslich bei derartigen Versprechen vorfindet, eine grössere Tragweite beizumessen. Denn, wenn auch das pacisci de libertate von der operarum promissio wesentlich sich unterscheidet (L. 2. § 2. cit.), so lässt sich doch aus den eigenthümlichen Bestimmungen, die bezüglich der letzteren gelten (L. 44. pr. liberali causa 40. 12, L. 7. pr. — § 3. op. lib. 38. 1. u. a. m.), immerhin so viel entnehmen, dass Gründe genug vorliegen mussten, um solche auf die Freilassung sich beziehende Versprechungen nach Entstehungsrequisiten und Wirkungen anders als andere Zusagen zu behandeln ⁹⁾).

3) Inhalt und Umfang der Naturschulden bestimmt sich nach Massgabe des Inhaltes und Umfanges der unter gewaltfreien Personen aus den gleichen Verpflichtungsgründen resultirenden Obligationen. *

L. 49. § 1. peculio (Pomponius lib. 4. ad Quint. Mucium):

Si ignorante me servus meus negotia mea administraverit, tantidem debitor mihi intellegetur, quanti tenebatur, si liber negotia mea administrasset.

L. 62. solut. 46. 3. (Paulus lib. 8. ad Plautium)... quia incipit debere hic heredi quasi negotiorum gestorum vel mandati actione.

4) Die Naturschulden des Hauskindes sind, soweit ein Pecul-

9) Zimmermann, Rechtsgeschichte § 218; Keller, Institutionen S. 225 ff.

lium vorhanden ist, *Peculiarschulden* (passive Bestandtheile des *Peculium*).

In den Consequenzen, welche sich hieraus ergeben, bestehen die bei Weitem wichtigsten Rechtswirkungen dieser *Naturalobligationen*. Dieselben können übrigens, so wenig als die These selbst, an diesem Orte besprochen und bewiesen werden. vgl. hierüber unten Buch 2. und 3.

Die *Naturalschulden* des Hauskindes haben indess auch anderweite, ganz oder relativ selbstständige Wirkungen und zwar

a) während Dauer der Gewalt.

Wie jede *Naturalobligation* hat die *Naturalschuld* der gewaltunterworfenen Person nach doppelter Richtung hin rechtliche Bedeutung: für Akte des Schuldners und für Akte dritter Personen.

In letzterer Beziehung sind die vollen Wirkungen vorhanden, die sich überhaupt mit einer *Naturalobligation* verbinden können, d. h. die dritten Personen können die Schuld gültig zahlen,

L. 3. § 7. *peculio* 15. 1. (Ulp. lib. 29. ad Edictum) also auch gültig noviren, constituiren u. s. f.; und sie können die Schuld gültig sicherstellen: durch Verbürgung, Verpfändung u. s. f. ¹⁰⁾.

L. 3 § 7. cit.; L. 56. § 1. *fidej.* 46. 1.; § 1. *J. fidej.* 3. 20.

Aber auch das Hauskind selbst kann zahlen, noviren u. s. f. Ersteres zweifellos, soweit ihm Mittel zu Gebote stehen, die dem Hausvater rechtlich nicht gehören; indessen nicht minder, wenn er *ex peculio* leistet, nur dass in solchem Falle der Hausvater durch gänzliche oder theilweise Entziehung des *Peculium* die Zahlung unmöglich machen kann. Denn für das *Peculium** hat die Zahlung als Zahlung Wirkung (vgl. hierüber unten Z. 5.); ihr diese Wirkung für die Schuld, soweit sie ausserhalb des *Peculium* steht, zu versagen, liegt um so weniger ein ausreichender Grund vor, je sicherer die Bestimmungen über das Erlöschen der naturalen Schuld im Falle des Verbleibens des *Peculium* bei dem Gewalthaber (vgl. hierüber Z. 5. und die Lehre von dem *Peculium*) erkennen lassen,

10) von der Pfordten a. a. O. S. 163 fl. Ueber L. 34. § 8. *solut.* 46. 3. vgl. oben im § 13. Z. 4. auf S. 116 flg.

dass Befriedigung aus dem Peculium die Naturschuld überhaupt zu tilgen vermag ¹¹⁾).

Ebenso wenig lässt sich absehen, warum Novation, Constitutum und derartige Geschäfte, welche eine existente Obligation voraussetzen, nicht zwischen Hausvater und Hauskind die gewöhnliche Wirkung sollten haben können, wenn auch freilich zur Aufhebung der Schuld solche Geschäfte nicht erforderlich sind (vgl. Ziff. 5.). Selbst zur Compensation muss der Gewalthaber die Forderung an das Hauskind benützen können; aber allerdings werden die tatsächlichen Voraussetzungen der Compensation nur zutreffen, wenn das Hauskind ein Peculium und in solchem eine Forderung gegen den Hausvater hat, und wird die in Frage stehende Compensation nie anders als durch Vereinbarung oder einfache Erklärung des Gewalthabers, dass er abgerechnet haben wolle, vor sich gehen.

b) nach Aufhebung der Gewalt.

So weit bei der Aufhebung der Gewalt die Schuld nicht getilgt wird (vgl. hierüber unten Ziff. 5.), kann sie vom Schuldner und dritten Personen gültig bezahlt, zur Grundlage von Intercessionen der verschiedensten Art gemacht, novirt, constituiert werden u. s. f.

L. 38. pr. und § 1. cond. ind. 12. 6. (Africanus lib. 9. Quaest.);

L. 104. V. O. (s. cit.); vgl. auch L. 13. pr. cond. ind.

12. 6.; L. 21. § 2. fidej. 46. 1. (Africanus lib. 7. Quaest.)

Diess ist, wenn auch in den angeführten Stellen nur die Möglichkeit der Zahlung und die Fortexistenz der Bürgschaft direkt bezeugt ist, in keiner Weise zweifelhaft. Ebenso wenig, dass die Besonderheiten, welche die Fortexistenz der Gewalt mit sich brachte (lit. a), nunmehr beseitigt sind. Was allein Zweifel erregen kann, ist die Frage, ob der vormalige Gewalthaber nach Lösung der Gewalt und soweit es sich nicht um Richtigstellung des Peculium handelt, mit seinem naturalen Guthaben an das vormalige Hauskind compensiren kann?

Daraus, dass eine Naturalobligation anerkannt wird, lässt sich nicht schliessen, da

11) A. M. Büchel, Abhandlungen S. 93.; von der Pfordten S. 162; Schwanert S. 262.; Sintenis, Civilrecht III. § 142. bei Note 15.

L. 6. compens. 16. 2. (Ulp. lib. 30. ad Sab.): Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

nicht besagen will, dass jede Naturalforderung zur Compensation benützt werden könne ¹²⁾. Schlussfolgerungen aus der Zulässigkeit der solutio, und der Möglichkeit von Intercessionen u. s. f. sind immerhin misslich. Eine direkte Entscheidung endlich ist in den Quellen nicht enthalten, da die in der Regel angezogene L. 20. § 2. statut. 40. 7. von Compensation gegen Peculiarforderungen an den Gewalthaber, also nicht von dem hier in Frage stehenden Falle spricht. Unter diesen Umständen möchte als ausschlaggebend erscheinen, dass einzelne Stellen, indem sie die Wirkungen einer causa obligatoria für den Fall der Lösung der Gewalt zu fixiren suchen, nicht blos die actio ausschliessen,

L. 1. C. an servus 4. 14. (Impp. Severus et Antoninus A.A. Juventiano); L. 6. e. t. (Impp. Dioclet. et Maxim. A.A. et Cl. Feliciano)

sondern allgemeiner auf die Unzulässigkeit der Belästigung des post manumissionem erworbenen Vermögens, der Nöthigung zur Verantwortung der in der potestate vorgekommenen Akte u. s. f. hinweisen;

L. 16. negotiis gestis 3. 5. (Ulp. lib. 35. ad Edictum) Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere.

L. 18. § 1. e. t. (Paulus lib. 2. ad Neratium): sic intellegi, ut appareat, quid reliquum fuerit tunc, cum primum liber esse coeperit, non ut dolum aut culpam in servitute admissam in obligationem revocet: itaque si inveniatur vel malo more pecunia in servitute erogata, liberabitur.

L. 5. C. an servus 4. 14. (Imp. Gordianus A. Chresto): Si... antequam a domina manumittereris, fundos ejus coluisti, posteaque adempto peculio libertate donatus es, ob reliqua, si qua pridem contracta sunt, res bonorum, quas postea propriis laboribus quaesiisti, inquietari minime possunt.

Denn diese generelle Ausdrucksweise scheint immerhin dafür zu

¹²⁾ Dernburg, Compensation (2. Aufl.) S. 414. und Schwanert S. 217 ff.

sprechen, dass keinerlei Einschreiten gegen den Manumissus ex priedi gestis stattfinden solle, wie es doch auch durch Vorschützen der exceptio doli erfolgen würde. Auch lässt sich hiefür die

L. 37. fideic. libert. 40. 5. (Ulp. lib. 6 Fideicomm.)

in doppelter Beziehung anführen. Einmal nämlich constatirt sie, dass die Berufung auf vom Slaven noch vorzunehmende Rechnungsablegung selbst nicht vertheidigungsweise dem Verlangen auf Freilassung entgegengehalten werden kann. Weiterhin aber verneint sie die Unzulässigkeit jeden Zwanges zu der restitutio der reliqua in einem Zusammenhange, in welchem das Fehlen einer Klage für diese Unzulässigkeit nicht massgebend sein kann ¹³⁾.

Tantum igitur rationes reddere cogetur; sed an et reliqua restituere debeat, nihil adicitur, nec puto cogendum: nam de eo quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non potest. Corpora plane rationum et si quas res vel pecunias ex his detinet cogendus est per Praetorem restituere, item de singulis instruere.

Wie dem übrigens auch sei: keinenfalls werden die Naturalforderungen gegen die gewaltunterworfenen Personen mit der Lösung der Gewalt klagbar.

Wo sich anscheinend das Gegentheil ausgesprochen findet, vermittelt ein nach der Lösung der Gewalt vorgekommenes Factum die Anstellbarkeit der Klage. So im Falle der L. 3. C. an servus 4. 14. (Imp. Alexander A. Herodi) der in der nachträglichen Weigerung der promissio liegende dolus ¹⁴⁾; •

arg. L. 7. § 8. dolo malo 4. 3. (Ulp. lib. 11. ad Edict.)

so in den Fällen der

L. 14. und L. 16. negotiis gestis 3. 5. (Paul. lib. 9. ad Ed. und Ulp. lib. 35. ad Edictum); L. 21. C. neg. gest. 2. 19.

(Imp. Dioclet. et Maxim. A.A. et Cl. Mitrae)

die Fortführung der negotia des Gewalthabers nach der Lösung der Gewalt und die Untrennbarkeit dieser späteren von der früheren Geschäftsführung ¹⁵⁾.

¹³⁾ So auch im Resultate — wenigstens für Slavenschulden — Machelard, Des obl. nat. p. 183 sq.

¹⁴⁾ So Schwanert a. a. O. S. 271 fl.; a. M. Savigny, Syst. II. 429.

¹⁵⁾ Keller, Pandekten § 318. •

5) Die Aufhebung der Naturalschulden erfolgt in derselben Weise, wie die Aufhebung sonstiger Schulden.

Diess ergibt sich für die Zeit der Gewalt aus dem generellen Satze der

L. 49. § 2. peculio: Ut debitor . . servus domino . . intelligatur, ex causa civili computandum est.

Denn nach solchem ist nicht zu beurtheilen, ob der servus Schuldner des dominus geworden ist, sondern ob er Schuldner desselben ist. Uebrigens wäre auch ohne solche Bestätigung kaum anders anzunehmen, als dass, nachdem einmal die durch die Gewalt begründete Schwierigkeit einer Contrahirung zwischen Hausvater und Hauskind überwunden, und die obligationsbegründende Kraft der gewöhnlichen causae obligatoriae anerkannt worden ist, die auf solche Weise begründeten Obligationen im Allgemeinen denselben Einwirkungen unterworfen sind, denen Obligationen unter selbstständigen Personen unterliegen; dass also jeder Akt, der jure communi eine Obligation zu modificiren oder aufzuheben vermag, auch hier die entsprechende Wirkung habe (vgl. überdiess specielle Belege in Z. 4. a.).

Für die Zeit nach Lösung der Gewalt ist die Anwendbarkeit der gewöhnlichen Erlösungsgründe nicht zweifelhaft.

Dagegen gibt es allerdings Erlösungsgründe, die bei gewöhnlichen Forderungen nicht vorkommen. Einmal kann der Gewalt-haber als Gewalthaber (durante potestate) die Schuld der gewaltunterworfenen Person durch einfachen und einseitigen Erlass — also ohne vertragsmässige Einigung — aufheben.

L. 4. § 1 peculio 15. 1 (Pomponius lib. 7 ad Sab.): Sed hoc ita verum puto, si debito servum liberare voluit dominus, ut etiamsi nuda voluntate remiserit dominus quod debuerit, desinat servus debitor esse. vgl. auch L. 4. § 4 e. t.; L. 6.

§ 1 pec. leg. 33. 8.

Weiterhin kann die deductio, die selbst nicht Aufhebung der Forderung ist, doch zum Erlöschen derselben führen (vgl. hierüber die Lehre von der actio de peculio). Endlich hat die Einziehung des Peculium beziehungsweise das gänzliche oder theilweise Verbleiben des Peculium bei dem vormaligen Gewalthaber ein gänzlich oder theilweises Erlöschen der Schuld zur Folge. Auch dieses Erlöschen,

das im Wesentlichen auf derselben Anschauung beruht, die dem Deduktionsrechte zu Grunde liegt, kann erst im Zusammenhange mit der Lehre von dem Peculium dargestellt werden. Hier ist nur hervorzuheben, dass die Schuld nicht getilgt wird, soweit der bei dem Gewalthaber verbleibende Peculienbetrag sie nicht deckt;

L. 38. pr. cond. ind. 12. 6: . . pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset . .

denn diess ist ein weiterer und gewichtiger Beweisgrund dafür, dass die Naturschuld des Kindes nicht blos Peculiarschuld ist.

III. Sowohl die prinzipielle Ungültigkeit der negotia zwischen Hausvater und Hauskind (I), als die Fähigkeit derselben, naturale Schulden des Hauskindes zu begründen (II), trifft vollkommen in der ausgeführten Weise zu auch für die Rechtsgeschäfte zwischen den der gleichen Gewalt unterworfenen Hauskindern.

Dem Effekte nach ist nämlich ein solches Geschäft keineswegs verschieden von einem Geschäfte, durch welches der Hausvater von seinem Hauskinde erwerben, dessen Gläubiger werden soll und will. Denn das Recht, welches dem einen der Hauskinder in Folge des Geschäftes zukommen sollte, würde mit Rechtsnothwendigkeit dem Hausvater zukommen und kommt solchem zu, soweit es zur Existenz zu kommen vermag (vgl. hierüber den § 12).

L. 9. §. 3 pec. 15. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edictum): Huic definitioni Servius adjecit: etsi quid his debeatur, qui sunt in ejus potestate — quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.

Die Consequenz führt desshalb zur gleichen Behandlung dieser und der unter I. und II. besprochenen Geschäfte: also dazu, dass die durch ein solches Geschäft begründete Schuld des einen der Hauskinder nur eine Naturschuld mit den unter II. entwickelten Wirkungen ist.

L. 38. pr. cond. ind. 12. 6. (Africanus lib. 9. Quaest.) Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit . . . ita repetiturum, si . . . naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri . . .

IV. Wenn der Grund der Nichtigkeit beziehungsweise der geminderten Wirkung der Rechtsgeschäfte zwischen den durch potestas verbundenen Personen direkt in der Unterwerfung der einen unter die andere Person gelegen, und die Nichtexistenz von Forderungsbeziehungsweise Klagerechten eine Consequenz aus der Ungültigkeit jener Geschäfte wäre, so liesse sich zweifeln, ob *Negotia*, die unter gewaltfreien Personen abgeschlossen worden sind, dadurch dass die Person des Schuldners der Gewalt des Gläubigers unterworfen wird, nachträglich wirkungslos beziehungsweise minder wirksam werden könnten. Wenn dagegen die Ungültigkeit beziehungsweise die geminderte Gültigkeit der Geschäfte eine Folge der Concentration allen Vermögens und aller vermögensrechtlichen Macht in der Person des Gewalthabers, also die Rückwirkung der Unmöglichkeit einer obligatio oder actio ist: so liegt auf der Hand, dass die nachträgliche Entstehung der Gewalt zwischen den durch eine Obligation verbundenen Personen der Forderung des neuen Gewalthabers die Klagbarkeit entziehen und ihr nur die unter II. 3—5. constatirten Wirkungen belassen kann ¹⁶⁾.

Das Erlöschen der Klagbarkeit in Folge eines solchen Vorganges, der in Arrogation des Schuldners durch den Gläubiger, Beerbung des Gläubigers durch den Hausvater des Schuldners, Arrogation des Gläubigers durch den Hausvater des Schuldners bestehen kann, ist denn auch in den Quellen zweifellos ausgesprochen: sowohl durch die allgemeine Fassung der Stellen, welche die Unmöglichkeit eines Prozesses zwischen den durch Gewalt verbundenen Personen statuiren,

L. 4. *judicii* 5. 1. (*Gajus lib. 1. ad Ed. prov.*) u. a. m. als direkt durch die Bestimmung, dass die *arrogatio* selbst das schon geordnete *judicium* wieder aufhebe:

L. 11. e. t. (*Ulp. lib. 12. ad Edict.*): *Si a me fuerit adrogatus*

16) Von der Pfordten a. a. O. S. 210. fl., der sich übrigens für die Fortdauer der Obligation auf Stellen beruft (L. 37. pr., L. 50. § 1. *peculio*, L. 56. und 83. *ad leg. Falc.* 35. 2.), die in dieser Beziehung Nichts beweisen. Denn die in solchen enthaltenen Entscheidungen erklären sich daraus, dass der Gewalthaber durch die Beerbung des Gläubigers der gewaltunterworfenen Person von seiner Haftung de *peculio* frei, um so viel also durch die Erbschaft reicher wird. Auch Schwanert a. a. O. S. 411 fl. zieht diese Stellen herein und beschränkt sich auf deren Benützung. vgl. übrigens auch S. 416.

qui mecum erat litem contestatus vel cum quo ego: solvi
judicium Marcellus lib. 3. Digestorum scribit, quoniam nec
ab initio inter nos potuit consistere.

Dass aber nur die Klagbarkeit aufhört und die Obligatio als naturalis fortexistirt, zeigen die — allerdings blos in Beziehung auf
Slaven möglichen — Entscheidungen, welche dem einen von mehreren Erben des Gewalthabers wegen seines vor der Beerbung gegen den Slaven begründeten Guthabens gegen die Miterben, und dem Erwerber (emtor) des Slaven wegen seines vor der Erwerbung begründeten Guthabens gegen den Veräusserer (venditor) die actio de peculio geben ¹⁷⁾.

L. 29. pr. peculio (Gajus lib. 9. ad Edict. prov.), L. 47.

§ 4. e. t. (Paulus lib. 4. ad Plautium)

Denn die actio de peculio gegen den Gewalthaber ist nur möglich, wenn die gewaltunterworfenene Person selbst Schuldnerin ist.

§. 43. Die Verpflichtungsgründe (die causae obligatoriae aus der Zeit vor der Gewalt).

Wenn die Hauskinder als Hauskinder vollkommen verpflichtungsfähig sind, so ist es — sollte man meinen — gleichgültig, ob der Verpflichtungsgrund vor, während oder nach der Gewalt eingetreten ist.

Diess ist indess nicht ganz so.

Einmal ist die nach Lösung der Gewalt beginnende Verhaftung nach mehreren Richtungen hin wirksamer als die während der Gewalt begründete (vgl. hierüber die §§ 44—46).

Weiterhin aber hat eine causa obligatoria, die vor Beginn der Gewalt eintritt, unter Umständen für die Zeit nach Begründung der Gewalt nicht dieselbe Wirksamkeit, die eine durante potestate vorkommende causa obligatoria haben würde.

Es erlöschen nämlich durch capitis deminutio, also durch die mit capitis deminutio verbundenen Begründungsarten der väterlichen Gewalt die auf kontraktlicher und quasikontraktlicher Basis beruhenden Schulden der vordem gewaltfreien Personen,

17) Mein Peculium dupl. juris in der Z. f. R.-G. VIII. 398. lit. d. und 411. Z. 7 a.

Gajus IV. 38: . . nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit . . . desinit jure civili debere nobis . .

vgl. ausserdem III. 84, IV. 80; L. 19. duob. reis 45. 2 (Pomponius lib. 27 ad Quint. Mucium)

bleiben zunächst nur Naturschulden über;

L. 2. § 2 cap. min. 4. 5 (Ulp. lib. 12 ad Edict.): Hi qui capite minuuntur, manent obligati naturaliter.

und muss die Klage dem Gläubiger auf dem Wege der in integrum restitutio wieder hergestellt werden ¹⁾.

L. 2. § 1 cap. min. 4. 5. Ait Praetor: Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, judicium dabo.

Von diesen Sätzen steht der erste — der die Einwirkung der capitis deminutio statuirt — insoferne fest, als von keiner Seite beanstandet wird, dass er mindestens vorübergehend in Rom gegolten hat. Dagegen ist einmal dessen Grund und dann die Fortexistenz desselben durch die ganze classische Zeit hindurch, wenigstens die Fortexistenz nach dem ganzen ursprünglichen Umfange, bestritten beziehungsweise in Zweifel gezogen worden ²⁾. Ueber den wahrscheinlichen Grund kann hier auf die Erörterungen des § 21. II. Ziff. 3 verwiesen werden. In Beziehung auf den zweiten Punkt aber mag Folgendes bemerkt werden.

Es ist behauptet worden, dass die in L. 2. § 1 cap. min. referirte Ediktsstelle für die Fälle der Adoption und Emancipation

1) Ueber den Einfluss der capitis deminutio auf die Schulden des deminutus und die hierauf bezügliche Restitutio sind zu vergleichen: Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831) S. 266—83.; Savigny, System II. §§ 69 (III.)—74, VII. § 333., Obligationenrecht I. S. 80.; Schwannert, Naturalobligationen S. 410—424; Machelard, Des oblig. natur. p. 318—335.; ausserdem Zimmermann, Rechtsgeschichte III. § 105. vgl. mit I. § 222., III. § 77.; Vangerow, Pandekten I. § 34. Anm. 2., § 187. Anm.; Rudorff, Rechtsgeschichte II. § 58. und Edict. perp. §§ 41. und 206.; Bethmann-Hollweg, Civilprozess II. S. 566 fl., 749 fl.

2) So von Burchardi a. a. O. S. 278. fl.; gewisser Massen auch von Savigny, System VII. § 333.; Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. § 58.; gegen ersteren wenden sich speciell Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechtes (1834) S. 304 fl. und Vangerow I. § 34.

durch die in L. 2. pr. quod cum eo 14. 5 wiedergegebene Ediktsklausel und deren Interpretation aufgehoben worden sei. Ob diess bezüglich der Emancipation richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben, da an diesem Orte die Einwirkung nicht der Auflösung, sondern der Begründung der Gewalt zu fixiren ist; bezüglich der Adoption ist es jedenfalls nicht richtig, insoferne solche bei der Interpretation der in L. 2. pr. quod cum eo enthaltenen Ediktsstelle nur insoferne mitberücksichtigt wird, als ihr die Emancipation aus der Gewalt des Adoptivvaters nachfolgt.

L. 2. § 1 cit.: Sed et si . . . sui juris factus sit vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit . . .

Allgemein und mit Recht liesse sich dagegen die Beseitigung des Satzes behaupten, wenn das im Edikte (L. 2. § 1 cap. min.) zugesagte *judicium* entweder nach der Absicht des Ediktes oder in Folge späterer Anschauung ohne vorausgehende in *integrum restitutio* gegeben worden wäre. Denn wenn jeder Gläubiger des *deminutus* ohne Weiteres und ohne Restitutionsertheilung seine alte *actio* gegen den Schuldner hat, so ist die vernichtende Wirkung der *capitis deminutio* wenigstens *jure praetorio* aufgehoben, ohne dass die fictizische Fassung der Formel (Gajus IV. 38) diess irgend hindern würde. Indessen stehen jener Annahme zwar nicht die Ediktsworte, auch nicht die Ausführungen, die sich bei Gajus über die Formelbildung vorfinden, entgegen: wohl aber einmal die Ausdrucksweise von

Gajus III. 84 . . tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione

und noch mehr die Folgerung, die solcher an diese *rescissio capitis deminutionis* anknüpft und die durch bloße fictizische Fassung der gegen den *deminutus* gerichteten Klage unmöglich zu begründen gewesen wäre:

et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bonaeorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus permittit. (vgl. hiezu unten Ziff. 3);

weiterhin die Einreihung der *status permutatio* unter die *causae restitutionis*

L. 2. in int. rest. 4. 1 (Paulus lib. 1 Sent. — vgl. Rec. Sent. I. 7. § 2)

und der Platz, an welchem das betreffende *judicium* in Edikt, Ediktscommentarien und Digesten erwähnt und erörtert wird; endlich die Thatsache, dass Ulpian (L. 2. § 2 cap. min.) mit der *capitis deminutio* die *obligatio civilis* beziehungsweise die *actio* erlöschen lässt, also mindestens einen Zwischenzustand anerkennt, während dessen nur eine *obligatio naturalis* existiren soll.

Dass dieser Verlust der *actio* beseitigt wird, hat seinen naheliegenden Grund im Interesse der Gläubiger, denen ihr Recht nicht durch die Willkür des Schuldners soll entzogen werden können;

Gajus IV. 38: *sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere . . .*

denn entzogen wäre ihnen das Recht, wenn sie nicht gegen den *capite minutus* klagen könnten: weil die Schulden desselben nicht auf den Gewalthaber übergehen. Warum ein solcher Uebergang nicht stattfindet, während doch die Aktiven dem Gewalthaber zu-fallen, ist zunächst unschwer zu sagen: denn was durch die betreffende Akte für den künftigen Gewalthaber erworben wird, ist direkt allein die väterliche Gewalt; diese aber bewirkt eine Beziehung zwar wohl der Erwerbsakte, nicht aber der Verpflichtungsgründe auf den Gewalthaber ³⁾. Freilich ist hiemit noch nicht erklärt, wie es kommt, dass das zur Zeit der Arrogation und der weiteren *capitis deminutiones* vorhandene Vermögen des künftigen Hauskindes nicht als einheitliches die Schulden mitumschliessendes Vermögen aufgefasst worden ist — während diess in Beziehung auf die im Vermögen vorhandene Erbschaft geschehen (Gajus III. 84. und oben § 21. Ziff. 2) und auch bei den *capitis deminutiones maxima* und *media* allmählig angenommen worden ist (L. 7. § 2 cap. min. 4. 5. L. 31. pr. solut. mat. 24. 3 u. a. m.). Hierüber ergibt sich indess das Nöthige aus den auf S. 170 flg. gemachten Bemerkungen.

Wie es sich übrigens auch mit den Gründen des Nichtüberganges der Schulden verhalten möge: soviel steht jedenfalls fest, dass solche auf den Gewalthaber nicht übergehen. Diess ist von Gajus III. 84. direkt gesagt:

3) Machelard, Des oblig. nat. p. 324.

licet neque pater adoptivus teneatur neque coëmpcionator . . . ; beweist sich aber ausserdem durch die Argumentation, deren sich Gajus IV. 38. bedient; ferner durch den aus Gajus III. 84. erhellenden Umweg, der eingeschlagen wird, um den Gewalthaber wenigstens für einen Theil seines Vermögens haftbar zu machen; weiterhin durch den Gegensatz zwischen der Behandlung des *aes hereditarium* Dessen, der in fremde Gewalt kömmt, zu Dem, was solcher *suo nomine* schuldet (Gajus III. 84.); endlich durch

L. 42. *peculio* 15. 1. (Ulpian. lib. 12. ad Edictum) aus welcher Stelle sich ergibt, dass die Frage, ob nicht wenigstens die *actio de peculio ex ante gestis* gegen den Gewalthaber angestellt werden könne, unter den römischen Juristen ventilirt worden ist — eine Frage, die bedeutungslos gewesen wäre, wenn der Gewalthaber als *successor in omne jus filiifamilias* für die Schulden haften würde. Einen Gegenbeweis aber vermag die

L. 45. *adopt.* 1. 7. (Paulus lib. 3. ad Leg. Jul. et Pap. Pop.): *Onera ejus, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur.*

nicht zu liefern. Denn dieser Ausspruch bezieht sich nach der *Inscription* wohl nur auf die *onera matrimonii* (L. 56. § 1. und 2. *jure dotium*), und ist auch hievon abgesehen in Folge seiner vagen Fassung in keiner Weise geeignet, zur Grundlage des Satzes zu dienen, dass die Schulden *ex antea gestis* auf den neuen Gewalthaber übergehen ⁴⁾. Ebenso wenig beweist der Umstand, dass schliesslich die *actio de peculio* auch *ex ante gestis* gegen den *arrogator* gegeben worden ist (L. 42. *de peculio*), für einen Uebergang der Schulden: wird doch *de peculio* nicht in Folge eigener Schuld, sondern um der Schuld des Hauskindes willen gehaftet.

4) Zu L. 45. vgl. die Glosse ad h. l. (*ut eum alat et sustentet, et de peculio ejus nomine teneatur*); Cujacius, *Op. Omn.* V. 158. q. (woselbst L. 45. mit L. 42. *de peculio* in Zusammenhang gebracht ist); Burchardi, *Wiedereinsetzung* S. 272. (»dass der Adoptivvater diejenigen Verbindlichkeiten übernehmen muss, für welche der leibliche Vater bisher hätte in Anspruch genommen werden können«); Machelard l. c. p. 331., (der nach dem Vorgange von Pellat (*Textes sur la dot* 253.) die L. 45. cit. auf die *onera matrimonii* bezieht vgl. auch Savigny II. S. 115. Note x.); Schwanert S. 417. Note 24; Bechmann, *Dotalrecht* S. 292. (der sich gegen die Beziehung der Stelle auf die *dotis obligatio* ausspricht.)

Die Beseitigung auf dem Wege der *In Integrum Restitutio* endlich ist, was regelmässig übersehen, übrigens oben schon angedeutet ist, daraus zu erklären, dass es sich nicht blos um die Wiederverleihung einer *jure civili* verloren gegangenen Klage handelt — diess hätte auch durch Aufstellung einer *formula fictitia* in *filium familias* bewerkstelligt werden können — sondern zugleich um die eventuelle Beseitigung anderer in dem Vermögen des Gewalthabers hervorgetretener Folgen der Gewaltbegründung, also um auf den Gewalthaber wirkende Aenderungen.

Gajus III. 84. (*Et si adversus etc.*)

Im Einzelnen ist über das Erlöschen der *actio* und die *Restitutio* gegen dieses Erlöschen zu bemerken:

1) Die *Restitutio* wird in Beziehung auf alle Schulden gewährt, die durch *capitis deminutio* der *actio* verlustig werden; diess aber sind im Allgemeinen alle aus kontraktlichen und quasikontraktlichen Gründen hervorgegangenen Obligationen.

Gajus IV. 38. *nam si ex contractu nobis obligatus obligata sit etc.*

L. 2. § 1. *cap. min.*: *Ait Praetor. . . posteaquam quid cum his actum contractumve sit . . .*

Deliktsschulden werden von der *capitis deminutio* nicht berührt,

L. 2. § 3. *e. t.* (*Ulp. lib. 12 ad Edictum*)

sind also auch in der die *Restitutio* zusagenden Ediktsclausel (L. 2. § 1. *cit.*) nicht erwähnt. Der Grund liegt einfach darin, dass auch die einer *Potestas* unterworfenen Personen seit frühester Zeit durch Delikte haftbar werden, also kein Anknüpfungspunkt für eine zerstörende Einwirkung der Gewaltbegründung vorliegt.

Indessen gibt es auch unter den kontraktlichen und quasikontraktlichen Schulden solche, die zwar bei Begründung der *patria potestas* über den bisherigen Schuldner letzterem abgenommen werden, die aber nicht unter die *Restitutionsclausel* fallen. Diess sind diejenigen Schulden, welche in der Person eines dritten Erblassers begründet worden und auf den *filius arrogatus* in Folge Erbschaftserwerbes übergegangen sind (*hereditarium aes alienum*). Sie gehen auf den *pater adoptivus* über.

Gaj. III. 84. *v. ad patrem — heres esse.*

Die Folge hievon aber ist, dass bei ihnen eine Veranlassung zur Restitution so wenig vorliegt, als bezüglich der Schulden bei *capitis diminutio maxima et media*, für welche der Erwerber der bona (Fiscus u. s. f.) einzustehen hat.

L. 7. § 2. und 3. cap. min. (Paulus lib. 11. ad Edictum)
Ob es dagegen auch Schulden gibt, welche dem Einflusse der *capitis diminutio* und nur in Folge hievon der Restitution entzogen sind, die also nach der Arrogation auch ohne Restitution gegen den jetzigen Haussohn klagend verfolgt werden können, ist zum Mindesten zweifelhaft und richtiger Ansicht nach wohl nicht oder nur insoweit anzunehmen, als die Schuld auch unter dem Gesichtspunkte einer nach der *capitis diminutio* eingetretenen Neubegründung als Schuld erscheint. Freilich wird von Savigny und seit ihm ziemlich allgemein angenommen, dass alle Schulden, quae naturalem praestationem habent, (L. 8. cap. min.) oder quae in facto potius quam in jure consistunt (L. 10. e. t.), den Einwirkungen der *capitis diminutio* entzogen seien, und findet sich eine Verschiedenheit der Aufstellungen mehr nach der Richtung hin: was das massgebende Kriterium dieser Schulden sei? welche Schulden also in Beziehung auf den Einfluss der *capitis diminutio* singularär seien ⁵⁾? Indessen lässt sich vor Allem, was auch unter den herausgehobenen Obligationen verstanden werden will, nicht recht absehen, wie solche, ohne im Verhältnisse zu den unter die Regel fallenden Obligationen benachtheiligt zu werden, bei *capitis diminutio* des Schuldners der Restitution entbehren können: denn wenn auch die Schulden auf dem capite diminutus haften bleiben, gehen doch ohne besondere Vorkehrung die Aktiven seines Vermögens auf den Gewalthaber unbelastet über; ohne die Möglichkeit, diese Aktiven für die Schulden in Anspruch zu nehmen, ist die Verhaftung des *filius arrogatus* von keinem oder wenigstens von keinem erheblichen Werthe; diese Möglichkeit aber hängt nach Gajus III. 84. aufs Engste mit der Ertheilung der Restitution zusammen (vgl. unten Z. 3.). Weiterhin ist es zum Mindesten höchst bedenklich, die L. 8. cap. min.

⁵⁾ Savigny, System II. §§ 71—74. und über weitere Literatur oben im § 27.

— die einzige Stelle, in welcher etwa ein genereller Ausspruch über den in Frage stehenden Punkt gefunden werden könnte — auf die Schulden des capite deminutus zu beziehen ⁶⁾. Die Stelle (aus Gajus lib. 4. ad Edictum prov.) drückt sich freilich allgemein genug aus:

Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. . . .

und überdiess scheinen der Ausdruck perire, und die Stellung einmal in Lib. IV. ad Edictum und dann im Titel de capite minutis noch speciell für Beziehung des Ausspruches auf die capitis deminutio des Schuldners zu sprechen. Allein die Folgerung, die sich unmittelbar anschliesst, betrifft, wenigstens nach der in L. 9. enthaltenen Ergänzung, nicht die Schulden, sondern die Forderungen des capite minutus:

Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem, (L. 9.) ut quandoque emancipata agat.

Da nun fernerhin L. 5. § 2. e. t. vgl. mit L. 6. und 7. namentlich mit L. 7. § 1. e. t. zeigen, dass die römischen Juristen von perire auch in Beziehung auf diejenigen Rechte sprechen, bei denen der Uebergang auf den Gewalthaber in Frage steht; der Tit. de capitis minutis aber nach dem Vorgange der Ediktscommentare nicht blos die in L. 2. § 1. referirte Ediktsclausel interpretirt, sondern die Einwirkungen der capitis deminutio überhaupt behandelt (L. 1., L. 5. namentlich § 2., L. 7., L. 10.): ist es sicherlich richtiger, in Ermangelung von Anhaltspunkten für eine erweiterte Geltung des in der L. 8. aufgestellten Satzes solchen nur von den Rechten des capite minutus zu verstehen. An solchen Anhaltspunkten aber d. h. an Belegen dafür, dass die Obligationen, die nach ihrer activen

6) Die L. 8. und 9. pr. cap. dem. werden von Savigny (II. § 72. Note cc.) und Anderen gleichmässig auf Schulden und Forderungsrechte des cap. minutus bezogen, und als die Stellen angesehen, die gerade auch für erstere das Princip aussprechen. Doch findet sich bei Anderen beschränktere Beziehung nur auf Forderungsrechte: so, wie es scheint, bei Cujacius Op. Omn. III. 643. V. 161, bei Vangerow I. § 34. und bestimmt ausgesprochen bei Bechmann, Dotalrecht II. S. 294. vgl. mit I. 164. Note 3. Ueber den sonstigen Inhalt der Stelle vgl. oben den § 27. II. Z. 2. Seite 218 flg.

Seite sich dem Einflusse der *capitis deminutio* entziehen, auch nach der Schuldseite hin anomal sind, fehlt es entschieden. Wenigstens ist für keines der zahlreichen Beispiele anomaler Rechte, die Savigny in den §§ 72—74. auführt, auch nicht für die in L. 8. cit. speciell genannte *dotis obligatio* ⁷⁾, ein Quellenbeleg in der Richtung erbracht, dass der schuldende *capite deminutus* der *capitis deminutio* unerachtet und ohne Vermittlung durch Restitution Schuldner bleiben würde: denn die Societät und das Mandat, deren Fortdauer nach Arrogation und Emancipation allerdings feststeht,

L. 58. § 2. und 3. pro socio 17. 2. (Ulp. lib. 31. ad Ed.);

L. 65. § 11. e. t. (Paulus lib. 32. ad Edictum); L. 61.

mand. 17. 1. (Paulus lib. 2. ad Neratium)

kommen hiebei als fortwirkende Entstehungsgründe von Forderungen und Schulden, nicht als actiones und debita umfassende Obligationsverhältnisse in Betracht ⁸⁾.

Wenn ferner für mehrfache Obligationsverhältnisse die actio nach der Emancipation beziehungsweise Arrogation anscheinend ohne Restitution gegeben wird, so ist dieser Schein weit entfernt, einer sicheren Wirklichkeit zu entsprechen: denn die hier in Frage stehenden Gesetze

L. 21. § 1. depositi 16. 3. (Paulus lib. 60. ad Edictum);

L. 61. mandati 17. 1. (Paulus lib. 2. ad Neratium);

L. 36. § 1. h. p. 5. 3. (Paulus lib. 20. ad Edictum)

können recht gut die allgemein zugesagte Restitution im einzelnen Falle als erfolgt voraussetzen. Wenigstens nimmt Savigny keinen Anstand, diess in anderen Stellen, die sich derselben Ausdrücke bedienen,

L. 58. § 2. pro socio 17. 2. (Ulp. lib. 31. ad Edictum) vgl.

auch die übrigen bei Savigny II. § 70. Note u angeführten Fragmente

vorauszusetzen.

Hienach lässt sich nicht als erwiesen annehmen, dass ein Parallelismus zwischen der activen und der passiven Rechtsfähigkeit,

7) Bechmann, Dotalrecht S. 293 fl.

8) So im Wesentlichen auch Savigny II. 134 fl. Näheres, aber nicht durchaus Richtiges über die Stellen aus dem Tit. pro socio gibt von Scheurl, Beiträge I. S. 239 fl. (vgl. hierüber oben § 12. III. Z. 2.; § 27. II. 2. d.)

zwischen dem Einflusse der *capitis deminutio* auf die Forderungsrechte und dem Einflusse auf die Schulden bestehe — mit anderen Worten: dass Schulden aus Obligationen, die *naturalem praestationem* haben, von der *capitis deminutio* unberührt bleiben.

Indessen will hiemit nicht gesagt sein, dass es keine Forderungen *ex antea gestis* gebe, welche ohne Restitution gegen den *capite deminutus* geltend gemacht werden können. Es findet sich nämlich kaum ein Grundsatz mit mehr Schärfe ausgesprochen und consequenter festgehalten, als die Bestimmung, dass Freigelassene auf Grund von Geschäften aus der Zeit der Sklaverei nicht sollten belangt werden können (vgl. die im vorigen Paragraphen Z. 4. b. angeführten Belegstellen). Dennoch lassen die Quellen bei der *negotiorum gestio* eine Berücksichtigung dieser Sklavengeschäfte zu, wenn das Geschäft nach der Freilassung fortgeführt und diese Fortsetzung von der früheren Geschäftsführung nicht trennbar ist (vgl. die am Schlusse der Z. 4. b. des vorigen Paragraphen angeführten Fragmente), und lassen den Freigelassenen auf Grund eines während der Sklaverei abgeschlossenen Hinterlegungsvertrages belangt werden, wenn die deponirte Sache nach der Freilassung sich bei dem *Manumissus* befindet.

L. 21. § 1. *depos. (sup. cit.)*: Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur.

Soll diess nicht bloß aus Zweckmässigkeitsgründen geschehen sein, so kann nicht wohl eine andere Auffassung zu Grunde liegen, als dass die *obligatio* erst nach der Freilassung zu Stande komme, obgleich in den einen Fällen die faktischen Voraussetzungen derselben, in den anderen die *causa obligatoria* in die Zeit der Sklaverei fällt (vgl. hierüber oben auf S. 90 flg., 223 flg., 268 flg.).

Dieses Princip aber muss den Gläubiger das arrogirten Hauskindes zu gleicher Behandlung seines Schuldners ermächtigen. Hieran lässt sich um so weniger zweifeln, je bestimmter die Belangbarkeit des emancipirten Hauskindes aus einem vor der Emancipation gemachten Depositum von Paulus (L. 21. pr. und § 1. *depositi*) mit der Belangbarkeit des Freigelassenen in inneren und

äusseren Zusammenhang gebracht ist, und je weniger sich die weiter gefolgerte Befreiung des gewesenen Hausvaters

Si apud filiumfamilias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec inter annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius. (L. 21. pr. cit.)

auf andere Weise als durch die Annahme eines negotium post manumissionem gestum (L. 1. § 2. peculio) erklären lässt. Unter der Voraussetzung der Richtigkeit dieses Ausgangspunktes wäre also in den Fällen der

L. 21. pr. depositi 16. 3.; L. 61. mandati 17. 1.; L. 36. § 1. h. p. 5. 3.

und ausserdem im Falle der

L. 58. § 2. pro socio 17. 2.

die Fortdauer der Klagbarkeit ohne vorausgehende Restitution anzunehmen; insofern also für einen Theil der von Savigny aufgezählten Schulden die Einflusslosigkeit der capitis deminutio — aber freilich nicht ganz in gleichem Umfange und namentlich nicht aus den gleichen Gründen — zuzugeben.

2) Die Restitution wird ohne causae cognitio, ohne zeitliche und persönliche Beschränkung gegeben. Ersteres erhellt aus einer Vergleichung der Ediktsworte (L. 2. § 1. ht.) mit anderen die Restitution betreffenden Ediktsstellen,

L. 1. § 1. dolo malo 4. 3. . . . si . . . justa causa esse videbitur . . .

L. 1. § 1. minor. 4. 4. . . . uti quaeque res erit . . .

L. 1. § 1. ex quibus causis 4. 6: si qua alia mihi justa causa esse videbitur . . .

aus der Darstellung von Gajus III. 84. und IV. 38., und aus der Veranlassung zur Restitution, die bei allen durch die capitis deminutio berührten Contraktsschulden gleichmässig vorhanden ist. Letzteres ist in

L. 2. § 5. h. t. Hoc iudicium perpetuum est et in heredes et heredibus datur.

ausdrücklich gesagt.

3) Wenn die Restitution ertheilt ist, so steht dem Gläubiger

a) die demselben durch die capitis deminutio entzogene actio wieder zu. Wird sie dann im iudicium ordinarium angestellt, so nimmt die Formel auf die vorausgegangene Restitution Bezug, und

die Fiction der Nichtexistenz der *capitis deminutio* in sich auf.

Gajus IV. 38.: ..*introducenda est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

Eine Besonderheit gegenüber anderen Restitutionen liegt hierin nicht. Aber die Wirkung der Restitution beschränkt sich nicht hierauf, vielmehr sollen die Folgen der *capitis deminutio* auch nach der Richtung hin durch die Restitution beseitigt werden, dass dem Gläubiger derselbe Vermögensbetrag zu seiner Befriedigung zu Gebote steht, der ihm ohne die *capitis deminutio* gehaftet haben würde. Zu diesem Behufe legt das Edikt

b) dem Gewalthaber die Defensionspflicht auf, und berechtigt

c) den Gläubiger, wenn der Gewalthaber dieser Pflicht nicht nachkömmt, die Einweisung in den Besitz und die Verkaufsbefugnis in Beziehung auf dasjenige Vermögen nachzusehen, welches dem *capite deminutus* vor der Statusänderung gehört hat, sowie in Beziehung auf denjenigen späteren Erwerb, der ohne die *capitis deminutio* zu diesem Vermögen hinzugekommen wäre.

Gajus III. 84: *et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus permittit,*

vgl. auch IV. 80.: *ut ... nisi ab eo, cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur, bona, quae earum futura forent, si ejus juri subjectae non essent, veneant.*

Wird die defensio übernommen, so haftet der Gewalthaber mit eigener Person, also auch mit seinem das Vermögen des *capite deminutus* mitumfassenden Vermögen; wird sie verweigert, so wird durch ein Vorgehen, das auch sonst gegen den *indefensus* statt hat, die Haftung des betreffenden Vermögenscomplexes vermittelt. Aber Defensionspflicht und *bonorum venditio* ist nur eingeführt, um nach dieser Richtung hin die Wirkung der Restitution durchzuführen. Denn *indefensus* ist der *filius familias* — wenigstens wenn dessen Verpflichtungs- und Prozessfähigkeit für die Zeit der betreffenden Ediktsclausel als vorhanden angenommen wird — keineswegs, sofern er sich selbst einlassen will; und die *bona*, deren *venditio* um des angeblichen Mangels an defensio willen an-

geordnet ist, sind ohne die *rescissio cap. deminutionis* nicht des *Indefensus* Vermögen, wie in allen anderen Fällen der *bonorum venditio* ⁹⁾).

§ 44. Umfang und Intensivität der Verpflichtung.

Der Verpflichtungsgrund, welcher in der Person des Hauskindes zutrifft, erzeugt eine Schuld des letzteren, die nach Umfang und Intensivität der entsprechenden Schuld eines gewaltfreien Menschen gleichkömmt.

Der Beweis hiefür liegt zunächst in den Stellen, welche im § 36. angeführt sind, und so allgemein als möglich die Gleichheit der Verhaftung betonen:

tamquam paterfamilias obligatur;

dann bezüglich der Intensivität und des Umfanges in den zahlreichen Stellen, welche die Haftung des Vaters aus Schulden des Kindes genauer bestimmen, und hiebei von der umfänglichen und innerlichen Gleichheit der Schuld des Hauskindes mit der Schuld eines gewaltfreien Menschen ausgehen.

Bezüglich des Umfanges wird diess noch besonders bestätigt dadurch, dass selbst die Beschränkung der Verurtheilung in *quantum facere potest debitor*, die unter gewissen Voraussetzungen statt hat, unter denselben Voraussetzungen auch dem Hauskinde zu Gute kömmt.

L. 53. sol. mat. 24. 3. (Tryphoninus lib. 12. Disp.). Si filiofamilias dos data est.... quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est.

vgl. mit L. 12. — L. 15. pr. e. t. u. a. St.

Das Mass der Verurtheilung gibt in solchem Falle der Betrag des Peculium ab:

Intellegitur autem peculio tenus facere posse...

das Peculium, das in dieser Beziehung im Allgemeinen, wie rück-

9) Diess wird in der Regel übersehen, was dann bisweilen die Folge hat, dass die Restitution als überflüssig und durch die unbedingte Zusage der *actio ficticia* ersetzt erscheint. vgl. die in Note 2. citirten Schriftsteller. Ueber ähnliche *bonorum venditiones* vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozess II. S. 566 und 567.

sichtlich der einzelnen Modificationen — Berücksichtigung der Condemnationszeit, Nichtberücksichtigung anderer Schulden — ganz als *patrimonium filii* betrachtet wird.

(*peculio tenuis*).. *quod habet rei judicandae tempore* vgl. mit L. 15. pr. e. t.

... *alterius debiti non fiet detractio in computatione, quantum facere possit filius* vgl. mit L. 16. und L. 17. re jud. 42. 1.

Bezüglich der Intensivität der Schuld liegt eine ähnliche Bestätigung des vorausgestellten Satzes in den Bestimmungen einmal über die Restitution wegen Minderjährigkeit des Hauskindes, und dann über die Zuständigkeit der *exceptio compensationis* beziehungsweise *non adimpleti contractus*.

1) Die ersteren, die namentlich in

L. 3. §§ 4—11., L. 4., L. 5. minor. 4. 4. (Ulp. lib. 11. ad Edictum mit Einschaltung einer Stelle von Africanus lib. 7. Quaest.)

enthalten sind, gehen dahin, dass das minderjährige Hauskind ganz in derselben Weise, wie ein gewaltfreier Mensch, Restitution gegen jede benachtheiligende Schuldübernahme erlangen könne: da es ja, weil durch die Schuldübernahme in belangbarer Weise verpflichtet, ein persönliches Interesse an der Ertheilung der Restitution habe.

Ego autem (Ulp. lib. 11. ad Edictum) *verissimam arbitror sententiam existimantium, filiumfamilias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint, puta si sit obligatus* (L. 3. § 4. cit.).

Der letztere Umstand ist von Bedeutung, weil durch die Restitution nur den Minderjährigen, nicht den Volljährigen, also auch nicht den volljährigen Hausvätern, geholfen werden will und soll.

Praetor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus.

Er ist so sehr von Bedeutung, dass den Sklaven, welchen ein selbstständiges rechtliches Interesse weder an Erwerbungen noch an Verpflichtungen zugestanden wird, die Restitution *propter minorem aetatem* versagt bleibt;

L. 3. § 11. und L. 4. cit.

und dass bei solchen Geschäften der Hauskinder, bei denen schliesslich kein eigenes Interesse derselben übrig bleibt, wie z. B. wenn

das Hauskind als Stellvertreter des Hausvaters handelt, und vom Hausvater Schadloshaltung zu erlangen vermag, die Restitution als unzulässig erscheint.

L. 23. e. t. (Paulus lib. 11. ad Edictum): Cum mandatu patris filiusfamilias res administraret, non habet beneficium restitutionis.

Wie wenig indessen hierin eine Abweichung von Dem liegt, was für gewaltfreie Minderjährige gilt, zeigt gerade die letztangeführte L. 23. min., die in ihrem nicht abgedruckten Theile mit Bestimmtheit hervorhebt, dass es eben darauf ankomme, wessen Interesse schliesslich in Frage stehe, das des minderjährigen Geschäftsführers oder das des volljährigen Geschäftsherren, und im letzteren Falle allgemein — also auch wenn ein gewaltfreier Minderjähriger Geschäftsführer ist — die Restitution versagt ¹⁾).

vgl. auch L. 4. e. t.

Nur eine Abweichung lässt sich nach dem Stande der Quellen nicht in Abrede ziehen: nämlich der Ausschluss der Restitution, wenn das lädierende Geschäft ein Gelddarlehen ist und dieses Darlehen jussu patris aufgenommen worden ist. Denn so wenig wahrscheinlich ist, dass Ulpian in seinem Ediktscommentare (L. 3. § 4. min.) die Worte gesetzt haben sollte:

excepta mutui datione: in hanc enim si jussu patris mutuum pecuniam accepit, non adjuvatur

— die unrichtige Anknüpfung des Zwischensatzes (an »auxilium cessat« statt an »postulet auxilium«), sowie die Konstruktion der Stelle im Allgemeinen spricht für eine spätere, wohl durch die Compileren bewirkte Einschaltung — so lässt sich doch diese Einschaltung nur von dem Ausschlusse der rest. in integrum bei jussu patris erfolgenden Geldaufnahmen der Hauskinder verstehen. Und ebenso wenig ist es thunlich in der

L. 1. C. filiofam. min. 2. 23. (Imp. Gordianus A. Candiano militi — a. 238.)

die Worte »nec jussu ejus« als bedeutungslos bei Seite zu schieben. Ist diess aber nicht der Fall, so besagt das Rescript klar und deutlich Dasselbe, was die Einschaltung der angeführten L. 3. § 3.

1) Savigny, System VII. 153 fl.

Auf diese Entscheidung hat nun keinesfalls der *jussus patris* als solcher bestimmend eingewirkt: denn dass *jussu patris* vorgenommene Rechtsgeschäfte der Restitution *propter minorem aetatem* nicht minder unterliegen, als Geschäfte, die das Hauskind ohne Wissen und Willen des Hausvaters abschliesst, kann nach demselben Fragmente aus Ulpian (L. 3. § 4. min.) keinem Anstande unterliegen:

Proinde si *jussu patris obligatus sit... filius... auxilium impetrare debeat*..

Auch dass ein *jussu patris* contrahirtes Darlehen nur den Vater, nicht aber den Sohn verpflichtet, ist unrichtig, da die Stellen, auf welche diese Annahme gestützt wird,

L. ult. § 1. quod *jussu* 15. 4. (Paulus lib. 4. ad Plaut.);

L. 4. C. quod cum eo 4. 26. (Imp. Antoninus A. Leontio) von Beauftragung zur Empfangnahme, nicht zur Contrahirung sprechen; der Zwischensatz der L. 3. § 4. cit. aber nach dem ganzen Zusammenhang nicht wohl von einem anderen, als einem *jussu patris* contrahirten Darlehen sprechen kann ²⁾).

Wohl aber liegt es nicht ferne, dass ein kaiserliches Rescript, vielleicht zuerst die angeführte L. 1. C. filiof. min., in selbstständiger Erfassung und Uebertragung des Gedankens, der bei *jussus* des Vaters die exceptio S. C. Macedoniani und zwar auch für das Hauskind ausschliesst,

L. 2. C. ad S. C. Maced. 4. 28. (Imp. Severus et Antoninus A.A. Sophiae. a. 198.)

vgl. auch L. 12. ad S. C. Maced. 14. 6. (Paulus lib. 30. ad Edictum) und dazu unten § 48. IV.

das für das Hauskind ähnliche Zwecke verfolgende Rechtsmittel der Restitution unter den gleichen Voraussetzungen und für denselben Anwendungskreis ausgeschlossen hat ³⁾).

2) vgl. auch oben § 41. am Schlusse.

3) A. M. Glück, Comm. XIV. 286. Note 26., der die Stelle aus L. ult. § 1. quod *jussu* und L. 4. C. quod cum eo erklären will; ferner Savigny, System VII. S. 277 ff., der die L. 3. § 4. cit. in den betreffenden Worten auf die exc. S. C. Macedoniani bezieht und in der L. 1. C. cit. die Worte: nec *jussu ejus* dadurch erklären will, dass bei *jussus* des Vaters nicht wohl eine Läsion vorhanden sein werde; endlich Dietzel, das S. C. Maced. S. 56 ff., der die L. 3. § 4. cit. ebenfalls von der exceptio S. C. Macedoniani und über-

2) Ueber die Compensation ist eine Bestimmung in
L. 9. § 1. comp. 16. 2. (Paulus lib. 32. ad Edict.)

enthalten:

*Sed si cum filio familias agatur, an quae patri debeantur filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admit-
tendum, quia unus contractus est (vgl. pr. e. t.), sed cum
condicione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, i. e.
non exacturum quod is compensaverit.*

Sie geht dahin, dass, wo dem Gewalthaber eine Gegenforderung aus dem das Hauskind verpflichtenden Obligationsgrunde (ex uno contractu) erworben worden ist, der belangte Haussohn — natürlich unter Voraussetzung der Gleichheitlichkeit der Leistungen beziehungsweise Leistungsgegenstände — compensiren könne, aber nur bei vorausgehender oder nachfolgender Zustimmung des Gewalthabers.

Die letzt angeführte Beschränkung erklärt sich daraus, dass der Haussohn über Vermögensbestandtheile des Hausvaters nicht ohne Weiteres disponiren kann, die Verwendung einer Forderung zur Compensation aber solche tilgt ⁴⁾. Sie trifft also nicht zu, wenn und soweit der Haussohn die Disposition über die Forderung, z. B. solche in seinem Peculium und über das Peculium libera administratio hat. Sie kann aber weiterhin nicht zutreffen, wenn die Benützung der Forderung zur Vertheidigung auf deren Existenz keinen Einfluss ausüben kann, wie bei der eigentlichen exceptio non adimpleti contractus.

Die Zulassung der Compensation selbst hat ihren Grund darin, dass nach dem an die Spitze gestellten Principe der in der gewalt-

diess von einer dem Vater zustehenden Einrede versteht. vgl. gegen Savigny namentlich Vangerow, Pandekten § 183. Anm. 2. Z. 4., dem auch Windscheid, Pand. § 117. Note 6. beistimmt.

4) Auf diesen Punkt geht näher ein: Ubbelohde, Ipso jure comp. S. 263 ff. vgl. auch Schwanert, die Compensation (1870) S. 47 ff. Die sachliche Differenz gegenüber der L. 21. comp. 16. 2. erklärt sich daraus, dass der procurator, in dem er compensirt, die ihm obliegende Vertheidigung des Gläubigers durchführt, aus der Vollmacht zur Vertheidigung also auch die Befugnis zur Compensation abgeleitet werden kann — während der Haussohn sich, nicht den Hausvater, vertheidigt und überhaupt nicht zur Vertretung des Hausvaters befugt ist.

unterworfenen Person eintretende Verpflichtungsgrund ganz ebenso wirken muss, wie wenn er in einer gewaltfreien Person eingetreten wäre; Verträge aber, welche Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung erzeugen, mit der Verpflichtung jeden Schuldners auch die Befugniss desselben begründen, durch die Berufung auf die zu erhaltende Gegenleistung die geschuldete Leistung entweder zurückzuhalten (sogen. *exceptio non adimpleti contractus*) oder zutreffenden Falles zu compensiren (sog. *exc. compensationis*).

Dieser Grund, der durch die Berufung auf den *unus contractus* in L. 9. § 1. zweifellos wird, macht es einer Seits unmöglich, Compensation mit jeder auch der nicht *ex eadem causa* hervorgehenden Forderung des Gewalthabers zuzulassen und anderer Seits unbedenklich, die *exceptio non adimpleti contractus* dem belangten Haussohne zu gestatten ⁵⁾.

§ 45. Die Wirksamkeit der Verpflichtungen des Hauskindes (*durante potestate*).

Das Hauskind kann aus den in seiner Person begründeten Verbindlichkeiten während Dauer wie nach Lösung der Gewalt belangt und verurtheilt werden. Aber während der Dauer der Gewalt kann das Urtheil nicht gegen das Hauskind vollstreckt werden.

Die Belangbarkeit steht für das classische Recht fest.

L. 57. jud. 5. 1 (Ulp. lib. 41 ad Sabinum): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filiumfamilias competit actio.*

vgl. auch L. 45. peculio 15. 1 (Paulus lib. 61 ad Edictum)
u. a. m.

Dabei unterliegt es keinem Zweifel, dass die Unterwerfung des Beklagten unter die väterliche Gewalt keine Besonderheiten in Competenz, Prozedur, Formelbildung u. s. f. begründet, dass na-

⁵⁾ Dernburg, Compensation (2. Aufl.) S. 373 f. und die übrigen bei ihm citirten Schriftsteller namentlich Windscheid § 350. A. 22.; vgl. auch oben im § 19. Ziff. 1. und 2. Die daselbst angedeuteten unrichtigen Ansichten kommen auch hier vor; namentlich wird Compensation mit allen Arten von Gegenforderungen, sobald nur der Hausvater zustimmt, hier selbst von solchen Schriftstellern behauptet, die bezüglich der Compensationsbefugniss des dritten Contrahenten die richtige Ansicht haben (z. B. von Sintenis, Civilrecht II. § 104. bei und in Anm. 24.).

mentlich bei solcher weder Verhandlung im ausserordentlichen Verfahren (*extraordinario cognitio*), noch Vertretung oder Unterstützung des Beklagten durch den Hausvater geboten ist.

L. 39. obl. et act. 44. 7 (*Gajus lib. 3 ad Edict. prov.*) . .
et ob id agi cum eo (*filiofamilias*) tamquam cum *patre-*
familias potest.

L. 1. § 42. dep. 16. 3 (*Ulp. lib. 30 ad Edictum*): *Filium*
familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus
tenetur.

Doch muss fast nothwendig die Unmöglichkeit der *missio in bona* und der *bonorum venditio*, wohl auch des *duci jubere* (vgl. hierüber unten) das Verfahren gegen den *Indefensus* und den *Contumax* beeinflusst und bewirkt haben, dass von einer erfolgreichen Belangung kaum anders die Rede sein kann, als wenn der Haussohn sich von freien Stücken auf den Prozess einlässt und solchen durchführt. Indessen geben die Quellen keinerlei Anhaltspunkte für die Lösung der in dieser Beziehung auftauchenden Fragen und mögen deshalb solche beruhen bleiben.

Ebenso zweifellos als die Belangbarkeit ist die im Falle der Belangbarkeit selbstverständliche Möglichkeit einer Verurtheilung des Hauskindes in mehreren Stellen constatirt.

L. 5. pr. quod cum eo 14. 5 (*Paulus lib. 30 ad Edictum*):
Si filius familias vivo patre conventus et condemnatus sit...

L. 10. § 2. fidej. 46. 1 (*Ulp. lib. 7. Disp.*) . . dein quod et,
dum in potestate manet, condemnari potest.

Dagegen ist die Frage, ob ein solches Urtheil während Dauer der Gewalt im Wege der *Execution* durchgesetzt werden kann, in den Quellen nicht direkt beantwortet, und auch nicht ohne Schwierigkeiten zu beantworten ¹⁾. Denn wenn die

L. 5. pr. quod cum eo 14. 5

nach den so eben angeführten Worten fortfährt:

1) Die Frage ist direkt aufgeworfen und in eingehender Begründung beantwortet nur bei Machelard, Des oblig. natur. p. 103 sq.; und zwar beantwortet wie im Texte. Neuestens geht auch Ryck, civ. Archiv LIII. S. 89 f. auf die Frage einiger Massen ein, übrigens mit entgegengesetztem Resultate vgl. ferner S. Stryck, Op. Omn. VIII. p. 402. Dückers, de S.C. Maced. p. 22 sq. und bei Dückers und Ryck die anderweite, dürftige Literatur.

in emancipatum vel exheredatum postea judicati actio in id quod facere potest ~~est~~ ^{mandata} est.

so sagt sie nicht, dass die actio judicati erst nach der Lösung der Gewalt angestellt werden könne ²⁾, sondern nur, dass, wenn diess geschehe, unter Umständen bloß in id quod facere potest verurtheilt werden könne. Handelt doch sowohl nach dem weiteren Inhalte des paulinischen Fragmentes als nach der Umgebung desselben im Digestentitel quod cum eo (14. 5.) solches ex professo von dem Competenzbenefizium und nicht von der Statthaftigkeit der actio judicati. Aber ebensowenig kann aus dem Fragmente geschlossen werden, dass die actio judicati auch durante potestate anstellbar sei. Würde indess die Stelle Letzteres auch beweisen — wie denn diese Anstellbarkeit durch ein anderes Fragment

L. 3. § 4. minor. 4. 4 (Ulp. lib. 11 ad Edict.): ... poterit filius ... in potestate manens etiam invito patre condemnatione conveniri...

allerdings erwiesen wird und auch aus inneren Gründen nicht wohl zu bezweifeln ist — so wäre hiemit über die Frage nach der Exequirbarkeit der gegen das Hauskind gefällten Erkenntnisse nicht entschieden. Denn da die actio judicati nicht direct die Execution mit sich bringt, sondern wiederum zu Verurtheilung in eine Geldsumme führt, steht deren Anstellung ein rechtliches Hinderniß nicht im Wege, auch wenn gegen das Hauskind nicht exequirt werden kann; das mögliche Interesse an ihrer Anstellung aber ergibt sich aus dem indirekten Zwange, den solche selbstverständlich auch gegen das Hauskind ausübt, und der in der Regel zu Zahlung aus dem Peculium oder aus Mitteln Dritter geführt haben wird; aus der Nothwendigkeit richterlicher Feststellung im Falle des Streites über Existenz, Inhalt, fortdauernde Wirksamkeit der condemnatio; endlich wohl auch aus der in L. 4. § 3 min. nicht ferne liegenden Rücksicht auf castrensische Güter. Die Bestimmungen der

L. 32—35. nox act. 9. 4

ferner, aus welchen die Möglichkeit der Personalexecution abzuleiten versucht werden könnte, erklären sich, wie unten hervorzu-

2) So Glück, Commentar XIV. S. 287 und 288.; Dietzel, das S.C. Maced. S. 14. Note 2.

heben ist (vgl. Ziff. 1 und 3, dann aber namentlich Buch 3), aus der Eigenthümlichkeit der Deliktsschulden, die von Anfang an als exequirbar betrachtet werden. Und die

L. 7. C. qui bonis cedere possunt 7. 71 (Imp. Justinianus A. Juliano P. P. Dat. 531) ³⁾

legt allerdings den Schluss nahe, dass die cessio bonorum den Hauskindern eingeräumt werde, weil sie der Personalexecution unterliegen und kein Grund abzusehen sei, warum nicht auch sie in der cessio bonorum ein Mittel haben sollten, sich dieser persönlichen Belästigung zu entziehen (ne patiantur injuriam). Indessen geht Justinian ausgesprochener Massen davon aus, dass die Hauskinder vermögensfähig seien und stützt auf diese Vermögensfähigkeit seine Entscheidung:

Quum et filii familias possint habere substantias, quae patribus acquiri vetitae sunt ...; quum apertissimi juris est si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum ... posse a creditoribus ... avelli.

Es ist also auch die Annahme nicht unwahrscheinlich, dass das Einschreiten, gegen welches die cessio bonorum Schutz gewähren soll, erst mit der allmäligen Entstehung rechtlichen Kindervermögens möglich geworden ist. Ist diess aber der Fall, so darf das ohnediess nur indirekte Zeugniß, das die Stelle für die Personalexecution ablegt, nicht zu hoch angeschlagen werden. Freilich scheint Justinian unter dem Vermögen der Hauskinder, auf welches er Bezug nimmt, auch das gewöhnliche Peculium zu nennen:

Quum et filii familias possint habere substantias, quae patribus acquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident.

Allein entweder soll mit den ausgehobenen Schlussworten ein durch Verwilligung des Hausvaters in die Hand des Haussohnes gekommenes Adventizgut bezeichnet werden — so, wie es scheint, die Basiliken (IX. tit. 5. § 16), die einfach referiren:

Ἡ διάταξις κλεῖναι, καὶ τοὺς ἐπεξουσίου ἐξίστασθαι ἐπὶ τοῖς

3) Auf die L. 1. C. cit. stützt Cujacius die von ihm mehrfach wiederholte Behauptung der Zulässigkeit der Personalexecution gegen das Hauskind. Op. Omn. III. 373., IV. 101., V. 11. und 783., VII. 87., 141 f., VIII. 372., IX. 1128. vgl. auch Dückers l. c. p. 22 sq.

μη προσποριζομένοις πράγμασι (in his rebus, quae patri non acquisitae sunt). —

oder es wird die Möglichkeit eines Concursverfahrens in Beziehung auf das profecticische Peculium, also eine dem classischen Rechte unter allen Umständen fremde Behandlungsweise desselben vorausgesetzt. Auch der Beisatz »peculium, quod patre volente habent« macht also die Stelle zu keiner sicheren Unterlage für einen Rückschluss auf das classische Recht.

Ergeben nach dem Ausgeführten die Quellen eine unmittelbare Antwort auf die aufgeworfene Frage nicht, und ist für die Beantwortung auf anderweite Gründe zu recurriren, so wird zunächst als feststehend angenommen werden dürfen, dass — wenn von dem castrensischen Peculium und den anderen Anfängen rechtlichen Kindesvermögens hier abgesehen wird — an die Möglichkeit einer Vermögensexecution (bonorum venditio, und späterhin pignoris capio) dem Hauskinde gegenüber nicht gedacht werden kann. Denn das Peculium, das allein in Betracht kommen könnte, ist zwar Vermögen des Hauskindes, aber nur thatsächliches nicht rechtliches Vermögen desselben; die Execution in solches aber ist nicht möglich ohne Rechtsentziehung, also nicht möglich auf Grund der Peculieninhabung; sie setzt vielmehr ein Angehen des Hausvaters, als des rechtlichen Vermögensinhabers, voraus, und dieses Angehen hat in den actiones de peculio und tributoria rechtliche Gestalt gewonnen und soll unten näher erörtert werden (vgl. das dritte Buch).

Für die Zulässigkeit der Personalexecution, die hienach allein in Frage sein kann, scheint nun in erster Linie der Umstand zu sprechen, dass das Hauskind als belangbar und condemnirbar anerkannt ist, Belangung und Verurtheilung ohne die Möglichkeit der Execution aber dem ersten Anscheine nach kein Interesse haben. Indessen ist Letzteres doch nur dem ersten Anscheine nach richtig. Die Feststellung der Schuld führt, wie schon oben bemerkt, an sich und vermöge der sittlichen Macht des Prozesses, namentlich des öffentlich verhandelten Prozesses, sicherlich in der grossen Mehrzahl aller Fälle zur Bezahlung. Und Bezahlung ist auch dem Haussohne nicht unmöglich: vor Allem, wenn er ein Peculium und dessen Verwaltung (administratio) hat, dann aber auch mit Hülfe

des Gewalthabers oder dritter Personen. Ein sicherer Schluss lässt sich also aus der Thatsache der Belangbarkeit und Condemnirbarkeit nicht ziehen — wenigstens nicht für die classische Zeit, in die es sich hier handelt (vgl. auch oben § 37).

Auch der Umstand, dass die Lex Rubria de Gallia Cisalpina in cap. XXI das Vorgehen gegen die Person allein ins Auge fasst: *tantae pecuniae . . . dumtaxat H.S. XV sine fraude sua duci jubeto . . .*

ist bedeutungslos, da diess nur geschieht, um die Competenz der Municipalmagistrate zu beschränken. Cap. XXII, das von den Befugnissen des Prätor handelt, nennt denn auch Personal- und Vermögensexecution in unmittelbarer Verbindung ⁴⁾.

ita jus deicito decernito, eosque duci bona eorum possideri proscribere vineique jubeto —

ne quis . . . eorum quous bona possideri proscribi vineique duci eum jubeat.

Aber freilich legt der Wortlaut dieser Executionsordnung der Annahme, dass auch gegen Hauskinder habe vorgegangen werden können, kein Hinderniss in den Weg: insofern er das duci jubere von Voraussetzungen abhängig macht, die in der Person des Hauskindes nicht minder als in der gewaltfreien Person zutreffen können.

Weitere allgemeine Gründe, als jene Connexität zwischen Verurtheilung und Execution und diese Gestaltung der Voraussetzungen sprechen für die Zulässigkeit des duci jubere gegen Hauskinder nicht. Sie würden indess die Annahme rechtfertigen, dass die allgemeine Regel der persönlichen Verhaftung für klagbare Schulden in Beziehung auf Hauskinder keine Ausnahme erleide: wenn nicht gewichtige Gegenstände vorhanden wären. Diese sind:

1) der Widerspruch des durch die Personalexecution herbeigeführten Zustandes mit dem Rechte des Gewalthabers.

Dass in der Zeit, in welcher die Personalexecution schliesslich zur Vernichtung der Persönlichkeit des addictus führt ⁵⁾ (Gellius

4) Bethmann-Hollweg, Civilprozess II. § 113. Note 10, 13, 14, 16, 17.

5) Ueber die Personalexecution und die Schuld knechtschaft vgl. Huschke, Nexum S. 79 f.; Puchta, Institutionen II. § 179; Keller, der röm. Civilprozess und die Aktionen §§ 19, 63, 73, 83; Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. §§ 24, 89. und 90; Bethmann-Hollweg, Civilprozess I. § 45, 53. II. § 113. III. §§ 158. und 159.

Noctes Att. XX. 1, 42 f.), ein solcher Widerspruch vorliegt, ist nicht zu bezweifeln: würde doch nicht nur durch das Gefangenhalten die Ausübung der väterlichen Rechte über Person und Arbeitskraft des Kindes suspendirt, sondern sogar durch die wenigstens mögliche Tödtung und den Verkauf in die Slaverei das Recht des Vaters überhaupt und dauernd beseitigt. Nun liesse sich freilich denken, dass die Belangbarkeit des Hauskindes und das mit der Belangbarkeit des Kindes zusammenhängende Einschreiten gegen dessen Person als eine Folge seiner öffentlich-rechtlichen Gleichstellung mit den gewaltfreien Menschen betrachtet würde: in welchem Falle die Collision zu Gunsten des öffentlichen Rechtes zu lösen, also anzunehmen wäre, dass mit manus injectio und addictio unbedenklich und ohne Rücksicht auf die väterliche Gewalt habe vorgegangen werden können. Allein dieser Annahme steht das Institut der Noxalklagen entgegen. Denn durch solches soll gerade die Verhaftung der gewaltunterworfenen Personen aus Delikten in Uebereinstimmung gebracht werden mit dem Rechte des Gewalthabers; und wird mittelst Einräumung des Rechtes der defensio und der Lösung, sowie mittelst Basirung des mancipium auf die potestas in Wirklichkeit mit diesem Rechte in Uebereinstimmung gebracht (vgl. hierüber unten im dritten Buche). Wird aber bei Delikten, bei denen einer Seits der öffentlich-rechtliche Standpunkt und anderer Seits die Verhaftung mit der eigenen Person entschieden näher liegt, als bei Geschäftsschulden, eine solche Vermittlung für nöthig erachtet, so lässt sich in keiner Weise annehmen, dass ex negotiis ohne Weiteres ductio beziehungsweise addictio des Haussohnes stattgefunden hätte.

Je mehr sich durch die Lex Poetelia und nach derselben die Härte gegen die Schuldknechte mildert, um so mehr tritt freilich die Collision mit der väterlichen Gewalt zurück. Sie ist vor Allem nur noch eine zeitliche, vorübergehende — denn Tödtungs- und Verkaufsrecht sind weggefallen —; aber sie ist auch, während sie besteht, weniger schroff, selbst wenn, wie wohl richtiger ist, angenommen werden will, dass die Arbeitskraft der Schuldknechte dem Gläubiger behufs Abverdienung der Schuld zu Gute kömmt. Es liesse sich deshalb, soweit es sich um die — allerdings keineswegs ganz beseitigte — Collision zwischen Personalexecution und

Gewalt handelt, wohl erklären, wenn in dieser Zeit, also namentlich in classischer Zeit, Fälle von Execution gegen die Hauskinder vorkommen würden. Allein einmal sind äussere Anhaltspunkte für eine solche Ausdehnung des Institutes nirgends zu finden, und dann steht derselben ein weiteres inneres Bedenken entgegen, das gerade der in Frage stehenden Periode angehört, nämlich

2) die Unanwendbarkeit der positivrechtlichen Abwendungsgründe der Schuldknechtschaft auf die Schuldknechtschaft von Hauskindern.

Weder die Beschwörung der Solvenz, welche schon die lex Poetelia, aber auch noch die lex Julia municipalis aufführt,

bonamve copiam juravit juraverit.

noch die eidliche Anzeige der Insolvenz, wenn eine solche unterschieden von dem bonam copiam jurare vorgekommen sein sollte,

Cicero ad Fam. IX. 6: bonam copiam ejurare vgl. auch Lex Julia munic. v. 114.

noch endlich die cessio bonorum der Lex Julia ⁶⁾

Gajus III. § 78

lassen sich auf Hauskinder übertragen. Für das bonam copiam jurare und die cessio bonorum kann diess keinem Zweifel unterliegen, und ist für letztere überdiess durch

L. 7 C. qui bonis ced. 7. 71

bewiesen. Aber auch das Beschwören der Insolvenz ist entweder unzulässig, oder hebt, weil bei jedem Hauskinde und nothwendig zutreffend, die Personalexecution gegen Hauskinder allgemein auf.

Sollte nun die Personalexecution gegen Hauskinder gestattet worden sein, während für sie die Mittel und Wege unanwendbar waren, durch welche der gewaltfreie Schuldner solche regelmässig von sich abzuwenden und in Vermögensexecution überzuleiten in der Lage ist? Justinian gibt in der eben angeführten L. 7 C. qui bonis ced. die Antwort durch die Gegenfrage:

Si enim et paterfamilias admittendus est propter injuriarum
timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium: quare filiis
familias utriusque sexus hoc jus denegamus?

6) Ueber die Abwendungsmittel der Schuldhaft vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 666 und 667.

Aber freilich kann die Folgerung, die er aus diesem Widerspruche zieht, dass nämlich die Hauskinder auch der bonorum cessio sich müssten bedienen können, von der classischen und vorclassischen Jurisprudenz und Magistratur nicht gezogen worden sein. Für sie blieb vielmehr nur das Auskunftsmittel, die Personalexecution gegen diejenigen Schuldner zu versagen, bei denen von Vorneherein und unter allen Umständen von bonorum cessio keine Rede sein kann.

Zu diesen dem Wesen der Personalexecution entnommenen Gründen, die entscheidend gegen deren Anwendung auf Hauskinder sprechen, kommen noch als weitere diese Folgerung unterstützende Argumente:

3) die Bestimmungen über die Noxalhaft des Gewalthabers.

Dass und in wieferne die Existenz einer Noxalhaft an sich und deren Bedeutung und Zweck für die Unzulässigkeit der Personalexecution gegen Hauskinder spricht, ist unter Ziff. 1 bemerkt worden. Die die Noxalhaft betreffenden Bestimmungen der L. 32 — L. 35 nox. act. 9. 4 bieten aber noch ein specielles und nicht ungewichtiges Argument dar. Denn indem diese Fragmente betonen, dass das ex delicto filiifamilias gegen solchen gefällte Urtheil von demselben erfüllt werden müsse, wenn der Hausvater die Noxalklage nicht habe übernehmen wollen und desswegen gegen das Hauskind geklagt worden sei:

Et si condemnatus fuerit, filius judicatum facere debet; tenet enim condemnatio (L. 35 cit.: Ulp. lib. 41 ad Sabinum) indem sie für solchen Fall selbst auf die ductio d. h. auf die Personalexecution hinweisen:

Is qui in aliena potestate est si noxam commississe dicatur, si non defendatur, ducitur. (L. 35 cit.: Callistratus lib. 2 Edicti monit.)

lassen sie den Schluss zu, dass auch der auf eine Deliktsklage hin erfolgenden Verurtheilung des Hauskindes in anderen Fällen, d. h. wenn der Hausvater die defensio nicht verweigert hat, um so weniger also der ex negotiis erfolgten Verurtheilung die unmittelbare Vollziehbarkeit nicht zukomme. Aber freilich steht jener Inhalt der angeführten Fragmente nicht fest, und kann erst im Zusammenhange mit den anderweiten die Noxalhaftung betreffenden Erörterungen noch genauer constatirt werden (vgl. das dritte Buch).

4) das Competenzbenefizium der L. 2 pr. quod cum eo 14. 5.

Das gewesene Hauskind ist, wie im nächsten Paragraphen näher zu besprechen sein wird, wegen aus der Zeit der Gewalt herrührenden Geschäftsschulden nur in id quod facere potest zu verurtheilen und zu exequiren: ausser^e es hätte einen erheblicheren Theil des väterlichen Vermögens erhalten.

Diess hat vor Allem die Folge, dass ein gewaltfrei gewordener Schuldner jede Personalexecution wegen Schulden aus der Zeit der Gewalt von sich abzulehnen vermag ⁷⁾.

So wenig sich nun auf der einen Seite einsehen lässt, warum den Gläubigern des Hauskindes, wenn sie durante potestate mit Personalexecution gegen solches vorzugehen berechtigt wären, durch die Lösung der Gewalt und gelegentlich derselben diese Befugniss entzogen werden sollte: so klar liegt auf der andern Seite der legislative Grund der Ediktsklausel vor, wenn durante potestate eine solche Execution nicht möglich ist.

Insoferne gestattet die Bestimmung der L. 2 pr. quod cum eo einen ziemlich sichern Rückschluss auf die Unstatthaftigkeit der Personalexecution während Dauer der Gewalt: und dieser Rückschluss wird dadurch noch sicherer, dass mehrere Detailsätze in der Lehre von dem Competenzbenefizium der gewesenen Hauskinder auf die angedeutete Grundlage dieses Benefizium zurückweisen. vgl. hierüber den nächsten §.

5) der Inhalt des Senatus consultum Macedonianum.

Wäre das Hauskind der Personalhaft unterlegen, so wäre die Gefahr für das Leben des Hausvaters wohl hauptsächlich gerade in ihr gelegen gewesen. Unter diesen Umständen aber hätte das Senatusconsult, für dessen Inhalt diese Gefahr immerhin mitbestimmend war (vgl. hierüber mit den § 47. IV), nicht speciell die Zeit nach der Lösung der Gewalt ins Auge fassen können,

ne cui . . etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur (L. 1 pr. ad de S.C. Maced.).

Paulus rec. sent. II. 10.

vielmehr zunächst die Klagbarkeit und Exequirbarkeit durante

7) Francke, civ. Archiv XXIII. S. 412 f., der auch die Unstatthaftigkeit der Personalexecution durante potestate und das Competenzbenefizium in Verbindung bringt; vgl. auch Machelard l. c. p. 107.

potestate beseitigen müssen: statt diese Beseitigung der Schlussfolgerung beziehungsweise der Jurisprudenz zu überlassen.

Indessen stehen der Bedeutung dieses Arguments einigermassen die Zweifel im Wege, welche über die Entstehungszeit des S.C. Macedonianum und dessen Verhältniss zu einer angeblichen Lex Claudia sich entgegendrängen und nicht vollständig beseitigt werden können (vgl. hierüber den § 47. I).

Einiges Gewicht möchte auch zukommen

6) der eigenthümlichen Art von Haftung des Gewalthabers für vor der Gewalt contrahirte Schulden beziehungsweise für Schulden der *uxor in manu* und des *liberum caput in mancipio* (Gajus III. 84, IV. 80).

Wäre nämlich Personalexecution gegen die gewaltunterworfenen Freien möglich, so läge wenigstens kein dringendes Bedürfniss vor für die Anordnung einer Execution in die

bona, quae eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent,

d. h. in einen Theil des Vermögens des Gewalthabers. Dass eine solche durch das prätorische Edikt ermöglicht, und dabei von Gajus der concurrirenden Personalexecution in keiner Weise gedacht wird, mag also immerhin gegen die Zulässigkeit der letzteren sprechen.

Wie dem übrigens auch sei — die anderen angeführten Argumente scheinen völlig auszureichen, um den an die Spitze des Paragraphen gestellten Satz zu rechtfertigen.

Ihnen gegenüber möchte denn auch ein Argument, das einer plautinischen Stelle entnommen werden könnte, nicht erheblich in Betracht kommen.

Plautus sagt nämlich in der *Mostellaria* III. 1. v. 58 f.

Sortem accipe. (Dan) Imo foenus. id primum volo.

Tr. Quid? tu ted, homo hominum omnium teterrime,

Venisti huc te extentatum? Agas, quod in manu est,

Non dat, non debet. (Dan) Non debet? (Tr.) Ne gry quidem

Ferre hinc potes. An mavis ut abeat foras?

Urbem exul linqueat, actus hinc causa tui?

Quin sortem potius dare licet.

und zwar in Beziehung auf einen Haussohn. Es liegt nun nicht ferne anzunehmen, dass das Verlassen der Stadt im Zusammen-

hange steht mit der Personalexecution, die dem Schuldner droht, wenn er die ganze Summe bezahlen solle. Allein einmal ist der Schluss doch immerhin etwas gewagt, um so mehr da im gleichen Zusammenhang die Existenz einer Schuld energisch bestritten wird: weiterhin ist das Stück nach griechischem Vorbilde gearbeitet ⁸⁾, und kein besonderer Grund vorhanden, der gerade diese Verse als original-römisch anzusehen nöthigen würde; und endlich lässt Plautus nirgends einen Haussohn ergreifen und in Schuldknechtschaft abführen — so mancher schuldenbelastete *filiusfamilias* auch in seinen Comödien vorkommt, und so leicht ein Bühneneffekt mit der Abführung und was mit solcher zusammenhängt zu erzielen gewesen wäre.

Eine andere Frage ist, ob die Nichtexequirbarkeit auch für die spätere, nachclassische Zeit festzuhalten ist, oder ob — im Zusammenhange einer Seits mit der Entstehung rechtlichen Kindsvermögens und anderer Seits mit der fortschreitenden Umänderung der Personalexecution — die letztere gegen die Hauskinder schliesslich zulässig geworden ist (vgl. L. 7. C. cess. bon. 7. 71). Sie kann aber noch nicht hier erörtert werden (vgl. das sechste Buch).

§ 46. Die Wirksamkeit der Verpflichtung (nach Aufhebung der Gewalt).

Die Schuld des Hauskinde s dauert bei der Aufhebung der Gewalt fort und wird durch solche vollstreckbar. Aber diese Fortdauer bedarf, wenn die Aufhebung durch Emancipation erfolgt, der Vermittlung durch das prätorische Recht; die Vollstreckbarkeit wird ferner unter Umständen durch die Rechtswohlthat der Competenz gemildert; und endlich werden unter gewissen Voraussetzungen bestimmte Schulden materiell dem gewesenen Hauskinde abgenommen und auf das väterliche Vermögen übernommen.

I. Dass die Aufhebung der Schulden durch *capitis deminutio minima* nicht blo s zutrifft, wenn die *capitis deminutio* durch Arrogation, Adoption, *conventio in manum* erfolgt, sondern auch im Falle der Emancipation, ist nach dem allgemeinen Wortlaute des die Restitution zusagenden Ediktes,

8) Teuffel, Römische Literaturgeschichte S. 116.

L. 2. § 1. capite min. 4. 5.: Ait Praetor:

Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur,

auf Grund ferner der Hereinziehung der Lehre von der Emancipation in die betreffenden Titel der Ediktscommentarien und in den Digestentitel de capite minutis (4. 5.),

L. 3. und L. 9. h. t. (Paulus lib. 11. ad Edictum)
endlich in Folge der Verbindung der

L. 9. cit.: ut quandoque emancipata agat
mit L. 8. e. t. (Gajus lib. 4. ad Edictum prov.) nicht wohl zu beanstanden: wenn auch eine klare und bestimmte Entscheidung diesen Inhaltes in den Quellen sich nicht findet.

Es hat aber auch lediglich keinen Anstand, dass dieser Verlust, wenn er nicht durch eine andere Massregel des prätorischen Ediktes unschädlich gemacht sein sollte (vgl. unten Z. 3.), wie der durch die anderen Fälle von capitis deminutio minima bewirkte Verlust durch allgemein und bedingungslos zugesagte Restitution seinen praktischen Folgen nach beseitigt wird.

Da jener Verlust und diese Restitution im § 43. eingehend erörtert sind, mag es genügen, hier auf diese Erörterung zu verweisen und nur hervorzuheben:

1) Dass die Beziehung der in L. 2. § 1. cap. min. enthaltenen Ediktsclausel auf die Emancipation die Folgerung nicht ausschliesst, welche aus dem Erlöschen der Schulden durch capitis deminutio auf die ursprüngliche Verpflichtungsunfähigkeit der Hauskinder gezogen worden ist, ist in § 37. bemerkt worden. Der einzige haltbare Grund, welcher für Hereinziehung der Emancipation aufgefunden werden kann, unterstützt sogar jene Schlussfolgerung, indem er auf das gleiche Princip für alle Fälle der capitis deminutio zurückführt.

Dieser einzige haltbare Grund ist nämlich der Durchgang des zu emancipirenden Hauskindes durch das mancipium und die servilis causa Dessen, der in mancipio ist:

Gajus I. 123., 138., namentlich III. 114.

— ein Durchgang, der von Paulus gerade in dem hier in Frage stehenden Zusammenhange mit Energie betont wird:

L. 3. § 1. cap. min. (Paulus lib. 11. ad Edictum): Eman-

capato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.

und der allerdings entscheidend ist, da richtiger Ansicht nach derselbe die Verpflichtungsunfähigkeit des Hauskindes während des Zwischenzustandes mit sich bringt (vgl. hierüber oben § 37).

2) Die Restitution des durch die Emancipation verloren gegangenen Klaganspruches kann, da der Schuldner vor der *capitis deminutio* vermögenslos ist, die in Gajus III. 84 herausgehobene Folge nicht haben d. h. nicht bewirken, dass ein Vermögenstheil, der jure civili der Execution des Gläubigers entzogen wäre, solcher unterworfen ist. Die Wirkung der Restitution beschränkt sich vielmehr auf die Wiederherstellung der Klage, welche gegen das Hauskind begründet war: und zwar als Klage gegen das emancipirte Kind.

3) Ob die Restitution der Klage nicht durch die in

L. 2. pr. quod cum eo 14. 5.

referirte Ediktsclausel überflüssig geworden ist, ist hier zweifelhafter, als in den in § 43. erörterten Fällen.

Denn diese Ediktsclausel sagt mit klaren Worten

In eum, qui emancipatus ... erit, ... actionem causa cognita dabo in quod facere potest.

und gedenkt nirgends der Restitutionsnothwendigkeit. An der Beziehung der Restitution zu der Execution aber, welche in den anderen Fällen der *capitis deminutio* das Absehen von der Restitution als unthunlich erscheinen lässt (vgl. in § 43 im Anfange und unter Ziff. 1. c.), fehlt es hier gänzlich (vgl. Z. 2.). Nun sind freilich diese Umstände nicht ausreichend, um darzuthun, dass wirklich keine Restitution verlangt worden ist. Beschäftigt sich doch die angeführte Ediktsclausel *ex professo* mit dem Umfange, nicht mit der Existenz der Haftung, und ist die Entbehrlichkeit eines Rechtssatzes nicht immer von seiner Beseitigung gefolgt.

Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht aber immerhin dafür, dass bei der Emancipation anders als bei den übrigen *capitis deminutiones* eine Restitution nicht nachgesucht zu werden brauchte — wenn auch die Formel durch die Fiction der Nichtvornahme der Emancipation auf die civilrechtliche Beseitigung

der Schuld durch die *capitis deminutio* zurückverwiesen haben mag ¹⁾).

Wenigstens legen die so eben angeführten Gründe das Wegsehen über die Restitution nahe genug; für die Nothwendigkeit der Restitution aber spricht weder das Festhalten an der in L. 2. § 1. cap. min. referirten Ediktsclausel und deren Aufnahme in die *Digesten*, noch der sonstige Inhalt der Quellen. Denn ausdrücklich ist die *Emancipation* in jener Clausel nicht genannt, und letztere auch von Bedeutung, wenn sie sich auf die *Emancipation* nicht bezieht. Der sonstige Inhalt der Quellen aber thut wohl dar, dass die *emancipatio* als *capitis deminutio* den Bestand der Schuld alterirt, führt dagegen nirgends gerade die Restitution als das Mittel auf, das noch in classischer Zeit erforderlich sei, um diese Unbilligkeit des Civilrechtes zu beseitigen ²⁾).

II. Den Ansprüchen aus Geschäftsschulden, welche während der Dauer der Gewalt begründet worden sind, steht nach Lösung derselben für die Regel die *Competenzeinrede* ³⁾ entgegen, wenn der Schuldner nicht durch Erbgang oder *Universalfideicommiss* einen entsprechenden Theil des väterlichen Vermögens erhalten hat.

Diese Abschwächung der Haftung beruht auf folgender Clausel des prätorischen Ediktes (vgl. L. 2. pr. quod cum eo 14. 5 und dazu L. 2. C. e. t. 4. 26.):

1) Rudorff, *Edict. perp.* p. 114. Warum in der hier aufgestellten Formel auch die *Exheredation* und die *Abstention* (L. 2. pr. D. quod cum eo 14. 5. vgl. unten II.) durch Fiction beseitigt wird, ist nicht abzusehen.

2) So, aber mit grösserer Bestimmtheit und in zu weiter Ausdehnung Burchardi Wiedereinsetzung S. 278 f. (vgl. auch Städtler, *La Restitution* p. 103. sq.); a. M. namentlich Schneider, die subsidiären Klagen S. 305. fl.; Vangerow, *Pandekten* I. § 34. Anm. 2. Z. 2.

3) Ueber das *Competenzbenefizium* im Allgemeinen vgl. namentlich Donellus, *Op. Omn.* XI. 254 sq.; Holtius, *Abhandlungen* S. 83 f.; Francke, *im civ. Archiv* XXIII. S. 387—431; Unterholzner, *Schuldverh.* I. §§ 181 und 182; Vangerow, *Pandekten* § 174. Anm. 1. und 2.; auch Sintenis, *Civilrecht* II. § 91. C.; Arndts, *Pand.* § 225.; Brinz, *Pand.* I. S. 544 fl.; Windscheid, *Pandekten* §§ 267. und 268.; speciell über das *Competenzbenefizium* des vormaligen Hauskindes: Glück, *Commentar* XIV. S. 289—301; Schwanert, *Naturalobligationen* S. 308 fl.; Dietzel, *das S. C. Maced.* S. 13—16.

In eum, qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate ejus cujus in potestate cum moritur fuerit, ejus rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive jussu ejus in cujus potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium ejus cujus in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest.

Die hierin ausgesprochene Beschränkung der Verurtheilung auf den Umfang des präsenten (und disponibeln) Vermögens hat die Folge, dass das strenge Schuld- und Executionsrecht thatsächlich ausgeschlossen ist, der Schuldner namentlich durch Ueberlassung seines Vermögens sich von Personalhaft, Infamie u. s. f. unbedingt frei machen kann ⁴⁾. Wenn nun gegen das Hauskind mit der ganzen Strenge des gewöhnlichen Schuldrechtes, namentlich mit Personalexecution vorgegangen werden könnte: warum diese Milderung des Schuldrechtes gegen einen Schuldner, der durch die Lösung der Gewalt keinesfalls in eine ungünstigere Lage gekommen ist? warum eine Entziehung des Rechtes, dessen Erwerb der Gläubiger mit in Aussicht genommen haben kann und das ihm bis dahin unbeanstandet zugestanden ist? ⁵⁾ Die Unmöglichkeit einer befriedigenden Antwort zeigt, dass das Benefizium auf die Unstatthaftigkeit der Execution gegen das Hauskind (vgl. hierüber § 45.) zurückweist, und an diese Unstatthaftigkeit anknüpft. Der Gläubiger hat creditirt unter Verhältnissen, unter denen nur eine nicht exequirbare Forderung entstehen kann: ihm gegenüber ist es desshalb nicht geboten, mit der Lösung der Gewalt ohne Weiteres das volle Schuldrecht in Kraft und namentlich Personalexecution eintreten zu lassen. Für den Schuldner aber, der bis dahin mit seiner Person nicht eintreten muss, kann es in hohem Grade unbillig sein, nunmehr dem vollen Schuldrechte unterworfen zu sein. Unbillig ist diess nun freilich nicht, wenn dem Schuldner bei der Lösung

4) Den Zusammenhang der Competenzrede mit dem Executionsverfahren und speciell mit der Personalexecution betont namentlich die treffliche Abhandlung von Francke a. a. O. S. 402 f., 412 f.; vgl. auch Bethmann-Hollweg, Civilprozess § 113. am Schlusse, der aber wohl mit Unrecht die Personalexecution für rechtlich unmöglich erachtet.

5) Muchelard, Des obl. nat. p. 105.

der väterlichen Gewalt und durch solche derjenige Theil des väterlichen Vermögens zukömmt, auf den nach Lage der Sache gerechnet werden konnte. Dagegen ist eine solche verstärkte Haftung des vormaligen Hauskindes allerdings unbillig gegen solches, wenn ein entsprechender Uebergang des väterlichen Vermögens aus irgend welchem Grunde nicht stattfindet — unbillig einmal weil die Erwerbskraft des Hauskindes bisher diesem väterlichen Vermögen dienstbar war, und insoferne ein eigenes Vermögen des Hauskindes nicht zu schaffen vermochte; unbillig aber auch, weil die Aussicht auf die dereinstige Erwerbung des väterlichen Vermögens oder eines Theiles derselben die thatsächliche Grundlage der bisherigen Verpflichtungsfähigkeit abgegeben hat.

Nicht die Vermögenslosigkeit des aus der Gewalt tretenden und dem Gewalthaber nicht succedirenden Kindes ist es also, welche die Grundlage für das Benefizium abgibt: sonst müsste das Benefizium auch Demjenigen zustehen, der Erbe seines vermögenslosen Gewalthabers geworden ist, könnte dagegen demjenigen Schuldner nicht zustehen, der ein ausreichendes Vermögen, aber auf andere Weise als durch Beerbung des Vaters erworben hat (vgl. hierüber unten Z. 1. lit. d.). Ebenso wenig kann das Benefizium seinen Grund darin haben, dass das Hauskind in Allem, also auch in der Schuldencontrahirung dem Willen des Vaters unterworfen ist: würde die Einrede doch sonst nicht Anwendung finden auf Schulden, die ohne Wissen und Willen des Hausvaters contrahirt worden sind (vgl. unten Z. 1. a.). Und dass der Gläubiger zu der Zeit der Contrahirung die Vermögenslosigkeit des Schuldners kennt, vermag zwar das Benefizium dem Gläubiger gegenüber zu rechtfertigen, nicht dagegen den Rechtsgrund des Benefizium abzugeben: denn nicht allen Schulden des Hauskindes, bei deren Begründung der Gläubiger die Hauskindeigenschaft des Schuldners kennt, und nicht bloß solchen Schulden, bei denen diess der Fall ist, steht die Einrede entgegen.

Vielmehr bietet die Thatsache des Ausschlusses der Personal-execution gegen die Hauskinder den Erklärungs- und Rechtfertigungsgrund des Benefizium; das Verhältniss des Kindes zu dem Vermögen des Gewalthabers aber den Ausgangspunkt für die Billigkeits-erwägung des prätorischen Ediktes und der römischen Jurisprudenz.

Wird Umfang und Inhalt des Benefizium im Allgemeinen durch diese Anschauungen bestimmt, so ist solches des Näheren geknüpft worden

1) an folgende Voraussetzungen:

a) Die Schuld muss aus einem kontraktlichen Grunde hervorgegangen sein, nicht aus einem Delikte.

L. 4. § 2 quod cum eo 14. 5. (Ulp. lib. 29. ad Edictum)

Die Voraussetzung hat ihre unmittelbare Basis in der Ediktsclausel, welche nur von Contrakten spricht, und harmonirt durchaus mit dem als Ausgangspunkte angenommenen Gesichtspunkte, insoferne aus Delikten das Hauskind auch durante potestate mit seiner Person haftet (vgl. hierüber die § 45 und unten im 3. Buche).

Dass sie etwa späterhin direkt aus der Aequitätsnatur des Benefizium abgeleitet worden wäre, wie bei den Klagen unter socii (L. 22. § 1. re jud. 42. 1.), und dass im Zusammenhange hiemit auch Geschäftsschulden, bei welchen ein dolus concurrirt, allgemein von dem Benefizium eximirt worden wären, lässt sich nicht erweisen (vgl. übrigens auch unten lit. e auf S. 426) ⁶⁾.

Dagegen steht allerdings der kontraktlichen die quasicontraktliche causa gleich, wie nicht blos aus der Entgegensetzung der Delikte in L. 4. § 2. h. t. hervorgeht, sondern auch und namentlich aus

L. 5. pr. h. t. (Paulus lib. 30. ad Edictum)

L. 37. § 2. adm. et per. tut. 26. 7. (Papin. lib. 11. Quaest.)

Beruhet die Schuld auf einer kontraktlichen oder quasicontraktlichen Grundlage: so sind alle anderen möglichen Verschiedenheiten gleichgültig — gleichgültig namentlich, ob der etwaige Vertrag mit Wissen und Willen, beziehungsweise mit Ermächtigung des Hausvaters abgeschlossen worden ist, oder nicht;

L. 2. pr. L. 7. h. t. (Scaevola lib. 1. Resp.)

L. 2. C. quod cum eo 4. 26. (Impp. Severus et Antoninus A.A. Annio)

ob in Angelegenheiten des Hauskindes oder des Hausvaters; mit Rückwirkung auf Patrimonium oder auf Peculium u. s. f.;

L. 2. pr. D. cit. und L. 2. C. cit.

⁶⁾ Die Aufstellungen sind meistens zu allgemein vgl. z. B. Unterholzner a. a. O. § 182. IV.; Vangerow a. a. O. Anm. 1. Z. 3. u. s. f.

ob die Schuld strengrechtlicher oder gutgläubiger Natur ist u. s. f.
 vgl. einer Seits L. 7. h. t.; L. 5. ad S.C. Maced. 14. 6.
 (Paulus lib. 3. Quaest.), L. 10. re jud. 42. 1. (Marcellus
 lib. 2. Dig.).

anderer Seits L. 6. h. t. (Ulp. lib. 2. Disput.); L. 37. § 2.
 adm. et per. tut. 26. 7.

b) Die Schuld muss während Dauer der Gewalt entstanden sein.
 Quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset (L. 2.
 pr. cit.)

vgl. ausserdem L. 2. C. cit.; L. 5. pr. h. t.; L. 3. § 4. — L. 6.
 ad S.C. Mac. 14. 6.; und namentlich L. 37. § 2. adm. et
 per. 26. 7.

Massgebend ist übrigens für die Frage, ob diess der Fall, nicht
 unbedingt das Vorkommen der causa obligatoria während der Po-
 testas: es muss vielmehr der Anspruch, so wie er geltend gemacht
 werden will, durante potestate zur Existenz gekommen sein:

expleta .. substantia obligationis (L. 6. ad S.C. Maced. 14. 6);
 also z. B. nicht blos die stipulatio de pecunia credenda abgeschlos-
 sen, sondern auch das Geld ausbezahlt, nicht blos die Vormund-
 schaft übernommen, sondern auch diejenige Verwaltungshandlung
 vorgenommen worden sein, die ersatzpflichtig macht.

L. 3. § 4. — L. 6. ad S.C. Maced.; L. 37. § 2. adm. et
 per. tut.

Trifft diess zu, so kann die eigentliche causa obligatoria auch in
 die Zeit vor der potestas fallen.

arg. L. 6. ad S.C. Maced.

Auf Ansprüche, welche vor Eingehung der Gewalt zur Existenz
 gekommen sind, kann dagegen das Benefizium nach Wortlaut und
 Sinn der Ediktsstelle und in Beachtung der bei Gajus III. 84.
 constatirten Bestimmungen keine Anwendung finden.

c) Die Gewalt muss nach Entstehung und vor Tilgung der
 Schuld in irgend einer Weise sich aufgelöst haben.

Die Ediktsclausel geht davon aus, dass die Gewalt entweder
 durch Emancipation oder durch den Tod des Gewalthabers gelöst
 werde;

.. qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se
 hereditate ejus cujus in potestate cum moritur fuerit ..

vgl. auch L. 9. C. h. t. (Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C. Isidoro).

Die Jurisprudenz nimmt aber keinen Anstand, in jedem Falle der Lösung der Gewalt das Benefizium zu gewähren, wenn nur die übrigen Voraussetzungen zutreffen:

L. 2. § 1. h. t.: Sed et si citra emancipationem sui juris factus sit...

L. 3. § 4. vgl. mit L. 5. ad S.C. Maced. ... sive capite deminutus sit sive morte patris vel alias sui juris sine capitis deminutione fuerit effectus...

In welchen Fällen, ausser den in der Ediktsclausel genannten, das Benefizium hienach Anwendung finden kann, ist von selbst klar.

vgl. Gellius Noct. Att. I. 12. c. 9.; und Gajus I. 130. III. 114.; dann Gajus I. 128 f.; und L. 1. § 4. quando de pec. actio ann. 15. 2. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Uebrigens sind doch immer nur solche Ereignisse und Rechtsakte ins Auge gefasst, welche an sich geeignet sind, die Gewalt definitiv zu beseitigen und das bisherige Hauskind sui juris zu machen. Diess ergibt sich namentlich auch daraus, dass in der

L. 2. § 1. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edictum), welche von Lösung durch Adoption spricht, nicht blos Adoption, sondern daneben noch der Tod des leiblichen Vaters verlangt wird⁷⁾.

Sed et si... in adoptionem datus (sit), deinde pater naturalis decesserit.

Aber freilich folgt daraus nicht, dass nur der gewaltfreie Mensch des Benefizium sich bedienen könne. Wenigstens ist in

L. 2. § 1. v. Sed et si... in adoptionem datus (sit), deinde pater naturalis decesserit...

keineswegs Auflösung der dem Adoptivvater zustehenden Gewalt verlangt⁸⁾, und zeigt

L. 53. soluto mat. 24. 3. (Tryphoninus lib. 2. Disput.)

7) Anders Bas. XVIII. 3 c. 2; vgl. aber schon Stephanus ad h. t. Nr. 8: *Εἰ γὰρ μὴ τελευτήσῃ ἀλλ' ἔτι παρῆστιν ὁ φυσικὸς πατήρ... οὐ μὴν ἔστι τὸν ἐκτεθειμένον υἱόν...* (Nam si non decesserit sed adhuc supersit pater naturalis... non est instar filii exheredati.)

8) So auch Bas. XVIII. 3. c. 2. und Stephanus ad h. t. Nro. 8. (Zachariae Suppl. Bas. p. 191.)

zunächst in Beziehung auf einen anderen Anwendungsfall des Competenzbenefiziums, dass und wie ein Haussohn sich desselben bedienen kann. Wenn diess dem oben hervorgehobenen Ausgangspunkte zu widersprechen scheint, so ist doch wohl zu beachten: einmal dass es sich hiebei nicht um einen ursprünglichen und zweifellosen Anwendungsfall, sondern um eine spätere Subsumtion handelt, die noch Ulpian durch Berufung auf die Billigkeit und unter Hinweisung auf die controllirende *causae cognitio* besonders zu motiviren für nöthig erachtet;

aequissimum est, causa cognita etiam in hunc...

dann dass die Verurtheilung auf eine geringere als die geschuldete Summe auch für den Haussohn und zwar selbst für den Haussohn, gegen den eine *Personalexecution* nicht zulässig ist, von Werth sein kann, und dass die Auffassung des *Peculium* als eines *Quasi-patrimonium* die Zulassung der *Einrede durante potestate* erleichtern und nahe legen musste;

Intellegitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei judicandae tempore (L. 53. cit.)

endlich dass wenigstens möglicher Weise die spätere sachliche Erweiterung des Benefizium (vgl. unten Ziff. 2. lit. a) eingewirkt hat.

d) Dem Schuldner darf nicht ein entsprechender Theil des Vermögens des Gewalthabers durch Erbgang oder *Universalfideicommiss* zugekommen sein.

Das Edikt setzt voraus, dass der Schuldner entweder emancipirt worden ist — in welchem Falle die Lösung der Gewalt mit keiner Succession in das väterliche Vermögen verbunden sein kann — oder dass er durch den Tod des Gewalthabers gewaltfrei, aber in Folge von Enterbung oder Abstention nicht Erbe geworden ist.

L. 2. pr. h. t.: In eum, qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate ejus cujus in potestate cum moritur, fuerit....

Die Interpretation sieht die Voraussetzungen des Benefiziums auch als vorhanden an, wenn das Hauskind zwar eingesetzt, aber zu einem nicht entsprechenden Theile (*minima pars*, unter Umständen selbst zu einer *non modica pars*) eingesetzt und Erbe geworden ist;

L. 3. pr. L. 4. pr. L. 7. h. t.

ferner wenn der Vater unter Umständen stirbt, unter welchen das

Kind sein Erbe gar nicht werden kann — weil es nämlich in fremder Gewalt steht —;

L. 2. § 1. h. t.

endlich wenn das Kind den Nachlass ex S. C. Trebelliano erhält.

L. 5. § 2. h. t.

Hiemit steht so viel fest, dass es für das in Frage stehende Requisit gleichgültig ist, aus welchem Grunde der entsprechende Theil des väterlichen Vermögens dem gewesenen Hauskinde nicht zugekommen ist.

Aber ist es nicht ebenso mit der Form, in welcher das dem Hauskinde in Wirklichkeit Zugekommene ihm zugekommen ist — mit anderen Worten: kömmt für die Beantwortung der Frage, ob das gewesene Hauskind den entsprechenden Theil des väterlichen Vermögens erhalten hat, nur der Erwerb jure hereditario oder auch der sonstige Erwerb z. B. durch Vermächtniss, Schenkung u. s. f. in Betracht? Die Ediktsclausel denkt offenbar nur an das Nichterwerben; und dass auch die Jurisprudenz nicht darüber hinausgekommen ist, zeigt nicht bloß die negative Thatsache, dass nirgends auf solche anderweite Zuwendungen Rücksicht genommen wird, sondern auch und namentlich einmal das Argument, mit welcher die Berücksichtigung der hereditas ex S. Cons. Trebelliano restituta angeordnet wird:

quia effectu quodammodo heres est (L. 5. § 1. h. t.);

und dann die Entscheidung der

L. 37. § 2. admin. et per.: sive peculium non sit ademptum sive ademptum sit.

Unbillig ist eben nach der Anschauung der römischen Jurisprudenz die alsbaldige schrankenlose Verhaftung des bis dahin mit seiner Person nicht verhafteten Hauskindes nicht etwa desswegen, weil letzteres unter den im Edikte genannten Umständen kein oder kein beträchtliches Vermögen hat — muss doch auch der vermögenslose Schuldner und gerade er mit seiner Person haften —, sondern weil das Vermögen, dem seine Erwerbskraft bisher zu Gute gekommen ist, nicht so auf ihn übergegangen ist, wie in Aussicht genommen werden konnte und durfte, d. h. weil es nicht zu dem der Sachlage entsprechenden Theile auf ihn vererbt worden ist⁹⁾.

9) A. M. die meisten Schriftsteller, ohne dass übrigens die Frage ex pro-

Hiemit ist auch die Antwort auf eine weitere nahe liegende Frage und zwar dahin gegeben: dass das Verhältniss des erhaltenen Vermögenstheiles nicht zu der Grösse der Schulden, sondern zu dem Betrage des Gesamtvermögens massgebend ist ¹⁰⁾. Die erbrechtliche Erwerbung darf nicht allzu weit unter der Quote geblieben sein, auf welche sich nach dem Stande der Familie u. s. f. das Hauskind Rechnung machen konnte. Dass bei dieser Voraussetzung unter Umständen auch eine *pars non modica* nicht hinreicht, um das Benefiz auszuschliessen,

L. 4. pr. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edictum): *Sed si ex parte non modica sit heres scriptus filius . . . judex aestimare debeat, ne forte in id quod facere potest debeat conveniri.* liegt auf der Hand; und ebenso, dass der Pflichttheil weder bedeutungslos noch unbedingt massgebend ist.

Fragt es sich endlich, wann der betreffende Vermögenstheil dem gewesenen Hauskinde zugekommen sein muss, damit das Benefizium ausgeschlossen sei, so steht soviel fest, dass, wenn die Gewalt ohne Uebergang einer entsprechenden Vermögensquote gelöst worden ist, die blosse Möglichkeit der späteren Succession der Anwendbarkeit der Einrede nicht im Wege steht — liegt doch diese Möglichkeit bei der Emancipation schon in der Gestaltung des classischen und vorclassischen Intestat- und Pflichttheilsrechtes.

Aber daraus zu schliessen, dass wenn der Emancipirte vor der Anstellung der Klage Erbe seines Vaters geworden, die Competenzeinrede doch begründet sei, wäre sicherlich nicht richtig. Zum Mindesten wird in solchem Falle die vorbehaltene *causae cognitio* zur Verwerfung der Einrede führen. Nach mehrfach hervorgehobener und festgehaltener Bestimmung des prätorischen Ediktes dürfen nämlich

e) der Zulassung der Einrede keine überwiegenden Billigkeitsgründe entgegenstehen.

fessio aufgeworfen wird vgl. z. B. Unterholzner a. a. O. § 181. I. 8.; Vangerow a. a. O. Anm. 2. Z. 9.; Windscheid § 267. Z. 4.

10) So die Glosse zu L. 2. § 1. *quod cum eo* 14. 5, unter Bezugnahme auf den Pflichttheil; Unterholzner a. a. O. S. 384. Note 9; a. M. dagegen schon Dorotheus und Stephanus (*Zachariae Suppl. Bas.* S. 192. Z. 19.); dann Glück a. a. O. S. 292. und die daselbst angeführten Schriftsteller; Vangerow a. a. O. Anm. 2. Z. 9.

Die Ediktsclausel

actionem causa cognita dabo in quod facere potest. L. 2.
pr. h. t.

wird nämlich nicht bloß benützt, um bei der Festsetzung der Voraussetzungen über den Wortlaut des Ediktes hinaus auf dessen Sinn und Geist durchzudringen.

L. 2. § 1., L. 4. pr. h. t. u. a. m.

sondern auch, um Voraussetzungen aufzustellen, die im Edikte sonst keinen Anhaltspunkt haben.

Dahin gehört die Bestimmung, dass das Hauskind, welches bei der Eingehung der Schuld den Gläubiger über seine Qualität als Hauskind getäuscht habe, der Einrede sich nicht bedienen könne:

L. 4. § 1. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edictum); L. 7. e. t. (Scaevola lib. 1. Resp.); L. 10. re jud. 42. 1. (Marcellus lib. 2. Dig.)

dahin die weitere Bestimmung, dass dem Schuldner, wenn erst lange Jahre nach Lösung der Gewalt gegen ihn geklagt werde, die Einrede versagt werden könne¹¹⁾, d. h. zu versagen sei, wenn nach Sachlage des concreten Falles die Einräumung der Einrede unbillig wäre.

L. 4. § 4. h. t. (Ulpianus l. c.)

Bei der ersten Entscheidung liegt einer Seits der Widerspruch der Zulassung der Einrede mit der Aequitas und anderer Seits der Zusammenhang ihrer Versagung mit den Grundgedanken des Benefizium auf der Hand. Sie bedarf also keiner weiteren Untersuchung. Doch mag hervorgehoben werden, einmal dass der Ausschluss nicht bloß bei negotia bonae fidei eintritt (L. 7. cit.), sondern auch bei negotia stricti juris (L. 10. cit.); dann dass die formelle Basirung des Ausschlusses auf den dolus den Ausschluss in Fällen cessiren lässt, in welchen der Gläubiger das Hauskind für sui juris hält, das Hauskind aber diesen Irrthum nicht hervorgerufen oder absichtlich benützt hat; und endlich dass der Gesichtspunkt des dolus auch einem etwaigen Verzicht des Hauskindes bei der Contrahirung der Schuld Bedeutung verschaffen kann.

Der zweiten Entscheidung dagegen möchte die Erwägung zu Grunde liegen, dass ein Schuldner, der in einer Reihe von Jahren die Fähigkeit zu dem Erwerbe eigenen Vermögens gehabt hat,

11) Unrichtig Gothofredus ad h. l., insofern er annimmt, die Klage werde versagt; dagegen schon Stephanus (Suppl. Bas. S. 191. Nro. 11.).

billiger Weise ein Benefizium nicht beanspruchen könne, das mit seiner vormaligen Vermögensunfähigkeit zusammenhänge. Ist diess richtig, so hat sich der Vermögensbesitz als solcher in den hier angedeuteten Grenzen eine Bedeutung verschafft, die ihm nach dem Edikte und der Interpretation der ediktmässigen Voraussetzungen nicht zukömmt. Von diesem Standpunkte aus müsste denn auch die Versagung der Einrede als consequent erscheinen, wenn auf andere Weise als durch Erbgang ein entsprechender Theil des väterlichen Vermögens an den filius familias debitor gekommen ist, ja selbst wenn auf andere Weise als aus dem Vermögen des Gewalthabers ein beträchtlicher Vermögensbesitz an den Schuldner gekommen ist. Aber freilich lässt sich nicht erweisen, dass die römischen Juristen diese Folgerungen wirklich gezogen haben.

2) Der Inhalt des Benefizium besteht darin, dass der gewesene Haussohn verlangen kann, nur verurtheilt zu werden:

in quod facere potest. (L. 2. pr. h. t.)

Da die Gestaltung im Einzelnen übereinstimmt mit der Gestaltung des Competenzbenefiziums in anderen Fällen mag nur Folgendes hervorgehoben werden:

a) die Quellen bieten keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass die Competenzeinrede, die dem vormaligen Hauskinde zusteht, eine sogenannte Executionseinrede sei. Das Edikt verspricht die actio nur in id quod facere potest;

L. 2. pr. h. t.

die Jurisprudenzen untersucht ferner für den einzelnen Fall, ob die actio in solidum oder in id quod facere potest gegeben werden müsse;

L. 2. § 1., L. 4. pr. — § 4., L. 5. pr. h. t.; L. 37. § 2. adm. et per. 26. 7.; L. 2. und L. 9. C. h. t.

und die Folge des Vorschützens der Einrede ist die Verurtheilung in quantum facere potest.

L. 5. § 1., L. 7. h. t. L. 10. re jud. 42. 1. (Marcellus lib. 2. Dig.); L. 49. e. t. (Paulus lib. 2. Manualium).

Diess harmonirt auch vollständig damit, dass es sich in erster Linie um Abwendung der Personalhaft handelt.

Hiemit soll indessen nicht gesagt sein, dass nicht die Einrede auch noch der actio iudicati habe entgegengehalten werden können; diess ist vielmehr in

L. 5. pr. h. t. (Paulus lib. 30. ad Edictum)

gerade in Beziehung auf den hier in Frage stehenden Fall ausdrücklich gesagt, darf auch nicht etwa ausschliesslich dann angenommen werden:

si filius familias vivo patre conventus et condemnatus sit...

Denn nicht die condemnatio, sondern die litis contestatio gibt eine neue causa obligatoria ab; das Argument, das möglicher Weise auf diese Beschränkung führen könnte, würde also das Benefizium ganz allgemein eludiren (vgl. auch L. 17. § 2. sol. mat. 24. 3.; L. 33. pr. don. 39. 5. u. s. f.).

Ebensowenig will behauptet werden, dass die Rücksichtnahme auf die eigene Lebensnothdurft, wie sie namentlich

L. 173. pr. R. J. 50. 17. (Paulus lib. 6. ad Plautium)

constatirt, hier ausgeschlossen gewesen sei. Es findet sich zwar solche gerade im vorliegenden Falle nirgends bezeugt; aber wenn die Worte:

in id quod facere potest

von der Jurisprudenz in anderen Fällen dahin ausgelegt worden sind, dass der Schuldner nur das leisten könne, was er ohne Beeinträchtigung seiner nothdürftigen Unterhaltung zu leisten vermöge,

L. 19. § 1. re jud. 42. 1. (Paulus lib. 6. ad Plautium);

L. 30. e. t. (Pomponius lib. 7. var. Lect.)

so lässt sich nicht absehen, warum dieselbe Auslegung derselben Worte nicht auch zu Gunsten des vormaligen Hauskindes stattfinden sollte.

Wäre freilich ein doppeltes Benefizium anzunehmen: ein Condemnations- und ein Executionsbenefizium, so wäre die Uebertragung auf Fälle, in denen es an allem speciellen Anhaltspunkte für letzteres fehlt, wie hier, mehr als bedenklich. Allein dass diese Annahme nicht richtig ist, ergibt schon der Umstand, dass das zweite Benefizium immerhin noch der Zeit angehören würde, in welcher die Personalexecution die regelmässige Executionsweise bildet, und dass der Personalexecution gegenüber die Berücksichtigung unmöglich anders als durch Minderung der Condemnationssumme — sei es bei der ersten Verurtheilung sei es bei der auf die Anstellung der actio judicati hin erfolgenden Verurtheilung — geschehen kann ¹²⁾.

12) Auch über diesen Punkt ist das Richtigste enthalten bei Francke a. a. O. S. 393 f.

b) Die Frage, wie bei der Berechnung des Vermögensbetrages bezüglich anderweiter Schulden zu verfahren sei, ist in L. 3. h. t. (Ulp. lib. 3. Disput.) dahin beantwortet: dass die nach Lösung der Gewalt entstandenen sowie die privilegierten Forderungen berücksichtigt werden müssten.

Wie diese Berücksichtigung zu erfolgen habe, ist streitig ¹³⁾: namentlich weil in anderen Stellen gesagt ist, nur der Schenker könne die Schulden bei der Berechnung des disponibeln Vermögenswerthes in Abzug bringen; durch den Vorabzug der herausgehobenen Schulden aber das vormalige Hauskind gleich einem Schenker behandelt zu werden scheint, dem es doch ausdrücklich nicht gleich stehen solle.

L. 49. re jud. 42. 1. (Paulus lib. 2. Manualium); vgl. auch

L. 19. § 1. e. t.; L. 54. sol. mat. 24. 3.

Indessen ist die letztere Folgerung nicht richtig. Der Schenker darf für die Regel alle Schulden abziehen, nur die ebenfalls aus Schenkungen herrührenden nicht; das gewesene Hauskind dagegen darf für die Regel die Berücksichtigung der anderweiten Schulden nicht verlangen — ausgenommen allein die neueren, deren in den gewöhnlichen Fällen nur wenige sein werden (L. 4. § 4. h. t.), und die unter allen Umständen als Ausnahme aufzufassenden privilegierten Schulden. Auch wenn die Art der Berücksichtigung die gleiche sein sollte, ist also die quellenmässige Entgegensetzung von Schenker und Hauskind richtig. Eine andere Art der Berücksichtigung aber als durch Abzug lässt sich nicht wohl denken — ab-

13) Die Basiliken (XVIII. 3. c. 3.) verstehen die Berücksichtigung von der deductio; die Glosse (zu L. 3. h. t.) deutet die richtige Lösung, neben anderen unhaltbaren, an (unde dic quod solus donator detrahit quod omnibus debet ex causa non simili, sed filius non omnibus: quia non primis, sed tantum ultimis); Donellus l. c. h. 20. sucht den angeblichen Widerspruch dadurch zu beseitigen, dass er die L. 3. cit. nicht von der deductio, sondern vom Angreifen der nichtprivilegierten älteren Gläubiger durch die privilegierten und jüngeren versteht; Glück Commentar XIV. 293 f. will nach dem Vorgange von Voëtius die Bevorzugung der creditores posteriores darin finden, dass sie dem Schuldner das noch abnehmen dürfen, was ihm um das Competenzbenefizium willen gelassen worden ist; Unterholzner a. a. O. § 182. V. 3. spricht sich für Deduktion aus; Windscheid Pand. § 268. Note 2., der übrigens nur von den privilegierten Gläubigern spricht, lässt den privilegiarius dem Befriedigten Das abnehmen, was dieser erhalten hat.

gesehen davon, dass L. 49. cit. nach jeder der verschiedenen Lesarten eben auf das *deducere* als die mögliche Art der Berücksichtigung hinweist.

vgl. auch L. 53. sol. mat.

Namentlich ist nirgends abzusehen, mit welcher Klage sich der ganz zu befriedigende Gläubiger an den schon befriedigten älteren Gläubiger sollte halten und diesem die Zahlung ganz oder theilweise sollte abnehmen dürfen. Es sind also eben jene Forderungen bei der Berechnung des disponibeln Vermögensbetrages in Abzug zu bringen.

Für andere Schulden, die vor Lösung der Gewalt entstanden sind und keinen Vorzug beanspruchen können, gilt diess dagegen ausgesprochener Massen nicht: zwischen ihnen soll die *Occupation* entscheiden. Heisst diess die rechtskräftige Entscheidung, wie bei der *actio de peculio*?

L. 10. de peculio 15. 1. (Gajus lib. 9. ad Edict. prov.) oder die Befriedigung des Gläubigers? Im ersteren Falle und nur in ihm würde die im ersten Prozesse festgesetzte Urtheilssumme im zweiten ebenfalls abgerechnet werden müssen. Richtiger ist es übrigens wohl, die Frage im Sinne des zweiten Gliedes der Alternative zu beantworten: denn die formelle Handhabe für jene Art von Behandlung bei der *actio de peculio* — die Entstehung einer Forderung des Hausvaters an das Hauskind und somit eines neuen Deduktionspostens durch die Verurtheilung — fehlt hier; materielle Gründe aber nöthigen nicht zu der Annahme der *Occupation* durch Urtheil, da ja die Zahlung der zweiten Urtheilssumme dem Ansprüche aus der ersten Verurtheilung in der Executionsinstanz noch entgegengehalten werden kann.

c) Für die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner, der sich der Einrede bedient, *Caution* bezüglich der Nachzahlung leisten muss, bieten die auf den *filius familias* bezüglichen Stellen unmittelbar kein Material. Doch zeigt immerhin L. 4. § 4. h. t., dass der römischen Jurisprudenz der Gedanke einer vollen Zahlung in Folge nachträglichen Vermögenserwerbes nicht fremd ist; spricht ferner die Anlehnung des Benefizium an den Ausschluss der Personal-execution für die dilatorische Wirkung der Einrede; sind endlich specielle Gegengründe nirgends zu finden.

d) Die Höchstpersönlichkeit des Benefizium wird dadurch ausdrücklich anerkannt, dass einmal die Erben von dessen Gebrauch ausgeschlossen werden,

L. 4. § 3. h. t.

und dass weiterhin dem Vater, soweit er überhaupt verhaftet ist, die Einrede versagt wird.

L. 7. h. t.; L. 9. C. h. t.

III. Abgesehen von der Milderung, die in dem Competenzbenefizium liegt, bleibt der Haussohn nach Lösung der Gewalt ganz in derselben Weise verhaftet, wie vorher. Diese Haftung kann aber für diejenigen kontraktlichen und quasicontraktlichen Schulden, für welche der Hausvater neben dem Hauskinde haftet, materiell beseitigt werden. Diess geschieht dadurch, dass solche Schulden aus dem Nachlasse des Vaters entweder ganz — nämlich wenn der der Hausvater für die ganze Schuld haftet (bei jussus und was ihm gleichsteht) — oder theilweise — dumtaxat de peculio und de in rem verso — abgetragen werden. Diese Bestimmungen, über welche vorläufig zu vergleichen sind:

L. 18. § 5., L. 20. § 1, 6, 7. familiae herc. 10. 2.;

L. 38. pr. cond. ind. 12. 6.; L. 30. § 3. peculio 15. 1.; L. 13. C. fam. herc. 3. 36.

stehen aber in so engem Zusammenhange mit der adjectitischen Haftung des Hausvaters, als deren Vollendung beziehungsweise Fortführung sie betrachtet werden müssen, dass sie nach Voraussetzungen und Form der Ueberwälzung besser erst in der Lehre von den actiones adjectitiae qualitatis dargestellt werden (vgl. das dritte Buch).

Dritter Abschnitt. Abschwächung des Prinzipes durch das SC. Macedonianum.

§ 47. Das Senatus-Consultum Macedonianum im Allgemeinen ¹⁾.

In den vorausgehenden Paragraphen (vgl. die §§ 38—46.) ist ausgeführt, dass die Hauskinder sich unter denselben Voraussetzun-

1) Das Senatusconsultum Macedonianum hat eine fast überreiche Literatur: Donellus Comm. XII. c. 24—28; XIV. c. 12 — Op. Omn. III. 656—720, 1112 fl. — (die bedeutendste aller vorhandenen Darstellungen): Cujacius, Op. Omn. IX. 317 fl. (von viel geringerer Bedeutung); Glück, Commentar

gen und durch dieselben Thatsachen verpflichtet können, wie die gewaltfreien Menschen; und dass auch die Wirkungen der Verpflichtungsgründe mit einigen allgemeinen, aus der Rechtsstellung der Hauskinder resultirenden Ausnahmen dieselben sind, wie bei den Verpflichtungen der gewaltfreien Menschen.

Durch die positive Vorschrift eines *Senatusconsultes* aus dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, des in den Quellen selbst so genannten *Senatusconsultum Macedonianum*, ist nun dieses Princip insoferne in singulärer Weise durchbrochen worden, als für eine einzelne Art von *causae obligatoriae* — die Gelddarlehen der Hauskinder — die volle Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder beseitigt ist.

Der Wortlaut dieses *Senatusconsultes* ist überliefert — wie es scheint unverändert und in seinem erwägenden wie dispositiven Theile vollständig — in der

L. 1. pr. de S. Co. Maced. 14. 6.

Die Jurisprudenz hat aber die in solchem niedergelegte Rechtsweisung (*placere*) zu einer Reihe von Detailsätzen verarbeitet, so dass Voraussetzungen und Wirkungen der Ausnahmebestimmung nur zu einem kleineren Theile unmittelbar aus dem *Senatusconsulte* entnommen werden können.

Solche sollen in den folgenden Paragraphen dargestellt wer-

XIV. S. 302—54 (mit Angabe der älteren, namentlich der Dissertationenliteratur auf S. 304. Note 73); Unterholzner, Schuldverhältnisse I. 147—53; Dietzel, Das *Senatusconsultum Macedonianum* 1856, 154 Seiten (selbstständige Untersuchung: nicht ohne treffende Bemerkungen im Einzelnen, aber in Folge schiefer Grundanschauung, unklarer Durchführung und inexacter Quellenbehandlung mehr verwirrend als fördernd); Schwannert, die Naturalobligationen S. 341—63 (beschränkt sich in der Hauptsache auf die Principienfragen, ohne aber der Gründlichkeit unerachtet zu einer völlig klaren Anschauung zu gelangen); Machelard, Des obl. natur. p. 109—132 (fördert einige Einzelfragen durch klare und durchsichtige Behandlung); Keller, Institutionen S. 111 fl., Sintenis, Civilrecht II. § 108 von Note 36 an; Dückers, de *Senatusconsulto Macedoniano* 1866, 169 Seiten (vollständige, sorgfältige und gründliche Doctordissertation); Windscheid, Pandekten § 373, vgl. mit § 289. Z. 5; Seydel, die gemeinrechtliche Lehre vom macedonianischen Rathschlusse. 1869; 59 Seiten (wenig bedeutende Dissertation); Ryck, im Archiv für die civ. Praxis LIII. S. 89 fl. (für einige Fragen nicht ohne Bedeutung).

den; zuvor ist aber über das Senatusconsult selbst noch Folgendes zu bemerken:

I. Die Zeit ²⁾, aus welcher das Senatusconsult her stammt, steht nicht ganz fest. Das Senatusconsult selbst entbehrt in der erhaltenen Ueberlieferung des das Datum constatirenden Einganges. Anderweite juristische Quellen geben keine Anhaltspunkte, ausser dass Juristen, welche dem Ende des ersten und dem Anfange des zweiten Jahrhunderts angehören (Celsus, Neratius vgl. L. 7. pr. h. t., L. 5. § 8. jure dot. 23. 3.) das Senatusconsult kennen und anwenden. Nichtjuristische Quellen aber, welche desselben erwähnen, scheinen sich über die Datirung zu widersprechen, insoferne Tacitus (Annales XI. 13.) von Claudius sagt:

Lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum filii familias pecuniam darent;

Suetonius dagegen (Vita Vesp. c. 11.) bemerkt:

Vespasianus auctor Senatui fuit decernendi, ne filiorum familias foeneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.

Beziehen sich diese beiden Stellen auf einen und denselben legislatorischen Akt, so ist wohl der Zeitbestimmung des Suetonius der Vorzug zu geben: denn die Bemerkung desselben, deren integrierenden Bestandtheil die Zeitbestimmung bildet, schliesst sich in der Bezeichnung des in Frage stehenden legislatorischen Aktes wie in der Angabe seines Inhaltes genau an das S.C. Macedonianum an, während Tacitus, indem er von Lex und von saevitia creditorum spricht, die genauere Bekanntschaft mit dem angezogenen Senatusconsulte bezweifeln lässt; sie ist ferner in einem Kapitel enthalten, in welchem Suetonius ex professo die gesetzgeberischen Leistungen des Kaisers erörtert, was bei Tacitus ebenfalls sich an-

2) Ueber die im Texte berührte Frage vgl. Hugo, Geschichte des römischen Rechtes (11. Aufl.) II. S. 774 fl., der sich für Claudius ausspricht; Glück XIV. S. 302 fl. (für Vespasian); dann aber namentlich Dückers l. c. p. 1—6, der die einzelnen Ansichten, unter reicher Literaturangabe, ausführlich erörtert; ausserdem Rudorff, röm. Rechtsgeschichte, der im Texte (I. 122) ein S.C. Macedonianum neben einer Lex Claudia anzunehmen scheint, in der chronologischen Uebersicht (I. 376) aber nur das S.C. Macedonianum, und zwar unter Claudius, aufführt.

ders verhält; sie wird endlich dadurch wenigstens einiger Massen unterstützt, dass in den erhaltenen Resten der classischen juristischen Literatur keine Spur einer Berücksichtigung vor Vespasian sich findet, während bis auf Vespasian oder nahezu bis auf diese Zeit die Benützung und Erläuterung zurückreicht.

Das Gewicht dieser und anderer ähnlicher Gründe, das eine Beseitigung der Sueton'schen Angabe unmöglich macht, hat übrigens nicht selten zu der Aufstellung geführt, dass es sich bei Tacitus und bei Sueton um zwei verschiedene gesetzgeberische Akte handle; und zu den verschiedensten Versuchen, die Coexistenz und das gegenseitige Verhältniss dieser beiden Akte zu erklären und zu constatiren. Die Anführung derselben ist aber ohne erhebliches Interesse ³⁾: denn nur ein einziger dieser Versuche hat an den Worten einer Seits des Tacitus und anderer Seits des Senatusconsultes einen ausreichenden äusseren und — unter einer allerdings oben im § 45. zurückgewiesenen Voraussetzung — einen ausreichenden inneren Anhaltspunkt. Diess ist die Annahme, dass ein claudianisches Gesetz den Darlehensgläubigern durante potestate die Personalexecution gegen die Hauskinder entzogen habe (*saevitiam creditorum coërcuit*), weil solche Darlehen und die Furcht vor der Personalexecution nicht selten zu Angriffen auf das Leben der Väter geführt haben (*ne in mortem parentum filiis familias pecuniam darent*); dass diese Entziehung aber später ungenügend erschienen und durch das vespasianische Senatusconsult in der bei Suetonius angedeuteten und aus L. 1. pr. h. t. ersichtlichen Weise

3) Dieselben sind zusammengestellt bei Dückers l. c. p. 2—6. Der im Texte hypothetisch adoptirten Ansicht nähern sich am Ehesten die Aufstellungen von Idsinga (Thes. nov. Disp. II, p. 109 u. 168 fl.). Die jetzt gewöhnliche Annahme, dass die Lex Claudia diejenigen Darlehen verboten habe, bei denen ausdrücklich die Rückzahlung auf den Tod des Vaters beziehungsweise nach solchem versprochen worden sei (Schwanert a. a. O. S. 345; Keller, Institutionen S. 111 f.; Rudorff a. a. O. S. 122), widerlegt sich durch den Inhalt des Senatusconsultes: denn, da ein solches Darlehen schon in Folge der beredeten Rückzahlungszeit erst post mortem patris eingeklagt werden könnte, hätte schon die Lex Claudia die Klaganstellung post mortem patris verbieten müssen, hätte also die Neuerung des Senatus-Consultes nur in der Beziehung dieses Verbotes auf Darlehen ohne solche Beredung über die Rückzahlung bestehen können; das Senatusconsult aber betont, wenn irgend Etwas, die Entziehung der Klagebefugniss post mortem patris.

ergänzt worden sei — eine Annahme, mit welcher die Weisung des *Senatusconsultes*

vgl. namentlich: *ne cui... etiam post mortem — parentis
... actio petitioque daretur*

sowie die Begründung derselben

ut scirent... nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri.

bestens harmoniren würden.

Abgesehen indessen davon, dass gegen die Voraussetzung der Unterwerfung der Hauskinder unter die Personalexecution gewichtige Gründe sprechen (vgl. hierüber den § 45.): entbehrt die Annahme einer Doppelbestimmung, einer *lex Claudia* und eines *Senatuscons. Macedonianum* (*Vespasianum*), so sehr jeder anderweiten äusseren Unterstützung, dass sie durch den taciteischen Ausspruch nicht genügend begründet ist. Das *Senatusconsult* selbst deutet nicht mit einem Worte an, dass seine Bestimmung eine Wiederholung oder Erweiterung oder Ergänzung früherer ähnlicher Bestimmungen sei; denn, sobald nur angenommen wird, dass schon nach allgemeinen Grundsätzen *durante potestate* von einer Personalexecution gegen den *filiusfamilias* keine Rede sein kann, verliert sowohl der Gebrauch des Wortes »*etiam*« in der Disposition, als der Inhalt des letzten Satzes (*ut scirent... morte fieri*) jede Beweis kraft nach dieser Richtung hin. Diess ist aber um so erheblicher, je ausdrücklicher in dem *S.C. Vellejanum* (L. 2. § 1. ad *S.C. Vellej.* 16. 1.) auf die bis dahin bestehende Praxis Bezug genommen wird. Das *S.C. Macedonianum* führt ferner einen speciellen, offenbar kurz zuvor zur Sprache gekommenen Criminalfall als seine unmittelbare Veranlassung auf (*cum inter ceteras... adhibuisset*) und gibt daneben den legislativ-politischen Grund (*et saepe... crederet*), sowie den nächsten legislativen Zweck (*ut scirent... morte fieri*) ausführlich und in einer Weise an, die durchaus nicht ahnen lässt: jener Grund habe schon längst zu einer analogen Bestimmung geführt, und dieser Zweck reihe sich einem anderen parallel laufenden Zwecke an und ergänze solchen. Nimmt man ausserdem in Betracht, dass in den mindestens dreissig zum Theil ziemlich umfangreichen Fragmenten, die sich auf die Darlehensgeschäfte der Hauskinder beziehen, nirgends auch nur die Spur einer dem *S.C. Ma-*

cedonianum vorausgehenden Gesetzesbestimmung zu finden ist, überall vielmehr die einzelne Entscheidung, ja selbst das einzelne Argument auf das eine Senatusconsultum zurückgeführt wird: so ist es sicherlich gerechtfertigt, über die vereinzelte und gelegentliche Bemerkung eines wenn auch noch so gewichtigen Laienschriftstellers wegzusehen, beziehungsweise solche als auf einem Missverständnisse beruhend anzusehen.

II. Die unmittelbare Veranlassung zu dem Senatsbeschlusse ist, wie in solchem ausdrücklich angegeben ist, der Vatermord eines gewissen Macedo, der zu diesem Verbrechen unter Anderem durch die auf ihm lastenden Wucherschulden getrieben worden war.

Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset.... (Worte des Senatusconsultes in L. 1 pr. h. t.) vgl. ausserdem Theoph. Paraphr. Instit. IV. 7. § 7.

Dass, was früher nicht selten angenommen worden ist, Macedo der Wucherer gewesen und der Verbrecher im Senatusconsulte nur mit »ille« (quas illi natura administrabat) bezeichnet werde, ist nicht blos mit Theophilus unvereinbar, der den Macedo ausdrücklich und zweifellos als den Haussohn auffasst, sondern verträgt sich auch nicht mit dem Wortlaute des Senatusconsultes selbst ⁴⁾.

III. Das angeführte Verbrechen gibt die Veranlassung, dass der Senat die Rechtsweisung ertheilt, es solle aus solchen Wucherschulden keine Klage möglich sein, auch nicht nach dem Tode des Hausvaters:

ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur....

Dass diese Bestimmung nicht die Consequenz eines höheren Rechtsprinzipes, sondern der ratio juris gegenüber singulärer Natur ist, kann kaum einem Anstande unterliegen und wird durch Das, was in den vorhergehenden Paragraphen über die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder, deren Voraussetzungen und Umfang aus-

4) Glück XIV. 302—5; Dückers p. 6—8 und die daselbst weiter angeführten Schriftsteller. Die im Texte referirte Ansicht ist jetzt fast ausnahmslos (a. M. Dietzel a. a. O. S. 70 Note) angenommen.

geführt worden ist, ausreichend bewiesen. Doch ist der Versuch gemacht worden, einen solchen Rechtsgrund nachzuweisen. Es wird nämlich behauptet:

1) die Unverbindlichkeit des *mutuum* stimme mit dem alten Civilrecht überein: insoferne solches Eigenthumsübergang als Voraussetzung der *condictio ex mutuo* statuirt, der *filiusfamilias* aber nach Civilrecht nicht eigenthumsfähig sei. Das *Senatusconsult* hätte also nur eine Consequenz feststehender Rechtssätze, dem eindringenden *jus gentium* gegenüber, festgehalten beziehungsweise wieder zur Geltung gebracht ⁵⁾.

Indessen ist im § 41. I. (S. 360 flg.) ausgeführt worden, dass die Zulassung der *causae obligatoriae*, zu deren Thatbestand eine Eigenthumsübertragung gehört, mit dem Gegensatze zwischen *jus civile* und *jus gentium*, der in der hier angedeuteten Richtung nirgends hervortritt, Nichts zu thun hat. Abgesehen hievon hätte dieser Ausgangspunkt nicht zur Klaglosigkeit, sondern zur Ungültigkeit und nicht blos der Darlehensverträge, sondern aller jener *causae obligatoriae* führen müssen. Der römischen Jurisprudenz aber hätte diese Anknüpfung an altüberlieferte Prinzipien unmöglich so verborgen bleiben können, dass sich in den Quellen auch nicht eine Spur derselben entdecken lässt. Dietzel bekämpft also mit vollem Rechte diesen Versuch, einen Rechtsgrund für das *S.C. Macedonianum* aufzufinden. Wenn er aber selbst behauptet,

2) die Bestimmung des *Senatusconsultes* habe einen doppelten Rechtsgrund, und wenn er solchen rücksichtlich der Hauskinder in der Vermögensunfähigkeit zur Zeit der Contrahirung, rücksichtlich der Hausväter darin sehen will, dass die Darlehensschuld nicht *Peculiarschuld* sei ⁶⁾: so ist diess nicht minder unrichtig. Rechtsgrund der im *Senatusconsulte* festgesetzten Klaglosigkeit wäre nämlich die Vermögensunfähigkeit beziehungsweise die Qualität der Schuld

5) Diese Ansicht ist angedeutet von Puchta, Institutionen III. 92. vgl. hiegegen Dietzel a. a. O. S. 21 u. 22.

6) Dietzel a. a. O. S. 16 f., 20 f., 31 f., 65 f. Ob im Texte die Ansicht dieses Schriftstellers richtig wiedergegeben ist, namentlich in Beziehung auf den Rechtsgrund der Haftung des Hausvaters, steht dahin. Anderweite Rechtsgründe, die wirklich Rechtsgründe im oben angedeuteten Sinne sind, hat er jedenfalls nicht behauptet. Vgl. auch gegen Dietzel Windscheid, Pandekten § 373. Note 1; Dückers l. c. p. 15 sq.

nur, wenn sich aus den betreffenden Prinzipien diese Klaglosigkeit in schlüssiger Folgerung ableiten liesse, oder wenn wenigstens erweislich wäre, dass der römische Gesetzgeber oder die römische Jurisprudenz die betreffende Bestimmung in diesen Zusammenhang gebracht haben. Weder das Eine noch das Andere ist aber in Beziehung auf die zwei angeführten Sätze der Fall. Die Vermögensunfähigkeit der Hauskinder bedingt zu der Zeit, um die es sich handelt (vgl. I), längst nicht mehr die Verpflichtungsunfähigkeit: es kann also auch mit Zuhülfenahme des Satzes:

neque enim actio, quae non fuit ab initio nata, oriri potest
(L. 17. § 1 furtis 47. 2. u. a. a. O.)

aus der Vermögenslosigkeit die spätere Klaglosigkeit der Darlehensobligation nicht gefolgert werden. Auch zeigen die Beschränkungen, wornach das Verbot keine Anwendung finden soll auf mit Zustimmung des Hausvaters oder zu dessen Nutzen aufgenommene Darlehen (vgl. den nächsten § IV und V), dass die Jurisprudenz, welche dieselben herausarbeitete, in keiner Weise von dem ange deuteten Gesichtspunkte bestimmt worden ist: denn so wenig das Edikt, welches das Kompetenzbenefizium statuirt (vgl. L. 2 pr. quod cum eo 14. 5) und sich in Wirklichkeit an die Vermögensunfähigkeit und die durch solche bedingte Executionsunmöglichkeit anschliesst, derlei Beschränkungen kennt, so wenig konnte unter jener Voraussetzung die Jurisprudenz den allgemeinen Wortlaut des Senatusconsultes nach dieser Richtung hin einschränken.

Der zweite angebliche Rechtsgrund aber ist nicht richtig: denn der paterfamilias haftet de peculio keineswegs blos für Schulden, die ex causa peculiari entstanden sind (vgl. hierüber das dritte Buch), wäre also auch wirklich jedes unter das Senatusconsult fallende Darlehen nicht ex causa peculiari entstanden, so würde die Nichtanstellbarkeit der actio de peculio doch nicht von selbst resultiren. Es ist übrigens auch diese letztere Voraussetzung nicht zutreffend.

IV. Wenn nach dem Angeführten die Bestimmung des Senatusconsultes sich nicht als Folgesatz eines höheren Rechtsprinzipes darstellt beziehungsweise in das Rechtssystem einfügen lässt: so ist es um so nothwendiger, einmal den Zweck des Gesetzes, dann den Bestimmungs- und Rechtfertigungsgrund des Gesetzgebers und

endlich das Mittel (den Rechtssatz) herauszuheben, durch welches der Gesetzgeber den Zweck zu erreichen strebt ⁷⁾.

Der Zweck des Gesetzes geht dahin, den Hauskindern die Aufnahme von Gelddarlehen unmöglich zu machen — wenigstens, wie die Jurisprudenz aus dem Bestimmungsgrunde des Gesetzgebers und dessen Willen entsprechend näher bestimmte, diejenige Aufnahme von Gelddarlehen, die nicht unter Vorwissen des Hausvaters und nicht in dessen wohlverstandenen Interesse erfolgt.

Das Motiv, das den Gesetzgeber zu der Aufstellung und Verfolgung dieses Zweckes bewogen hat (der Bestimmungsgrund), ist die Erwägung, dass solche Darlehen einer Seits durch die Möglichkeit der mass- und schrankenlosen Verschleuderung fremden Geldes, die sie gewähren, und anderer Seits durch die Schuldenlast, die sie im Gefolge haben, häufig genug die Veranlassung werden zu dem sittlichen und ökonomischen Verderben der Entlehner, hiemit zu dem Ruine der Familien, denen sie angehören, und möglicher Weise selbst zu Lebensnachstellungen gegen das Familienhaupt, dessen Existenz dem Hauskinde Vermögensfähigkeit und Vermögensbesitz entzieht.

Das Mittel, zu welchem der Gesetzgeber greift, um jenen Zweck zu erreichen, ist: dass dem Darleiher jede Möglichkeit entzogen wird, jetzt (durante potestate) oder später (post mortem patris) den Schuldner oder diejenigen Personen, die sonst für denselben einzustehen haben würden, zur Zahlung der Schuld zu nöthigen.

Die Rechtfertigung des Eingriffes in die Rechtssphäre des Gläubigers endlich, der durch diese Bestimmung erfolgt, liegt einmal in dem Vorschube, den der Gläubiger durch solches Creditiren in ihm zurechenbarer Weise dem möglichen Leichtsinne des entlehrenden Hauskindes gewährt und dann in dem Interesse, das Staat und Gesellschaft an der Erhaltung der Integrität der Familie und ihres Hauptes haben.

7) Ueber Zweck und Bestimmungsgrund des Gesetzes vgl. namentlich Donellus XII. c. 24. § 14; Glück XIV. S. 302 fl., nam. 313; Unterholzner I. 147; Dietzel S. 10 f., 16 f., 31 f. u. a. a. O.; Christiansen, Nat.Obl. S. 106 f.; Schwanert a. a. O. S. 343 fl.; Dückers p. 11—25; Windscheid, Pand. § 373. Note. Seydel a. a. O. S. 5 fl., Ryck a. a. O. S. 94—98. Weitere Literatur ist bei Dietzel S. 10 f., und Dückers p. 11 sq. angegeben.

Zu Gunsten dieser Auffassung mag zunächst nur hervorgehoben werden dass der angestrebte Zweck in der sprichwörtlichen Fassung des Verbotes:

quia quod volgo dicitur filiofamilias credi non licere (L. 4. h. t. — Scaevola lib. 2. Quaest.)

wie in den Worten des Senatusconsultes zur Genüge hervortritt:

vgl. auch L. 3. C. h. t.: quo foenerare filiisfamilias est prohibitum;

dass ferner der Bestimmungsgrund scharf betont wird in den Worten des Senatusconsultes:

et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet.

vgl. auch L. 3. § 3 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edictum): nam pecuniae datio perniciose parentibus eorum visa est...; und § 7. J. quod cum eo. 4. 7;

dass ebenso das von dem Senate angewandte Mittel nach der Disposition des Senatusconsultes:

ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur.

wie nach der am Schlusse des Senatusconsultes enthaltenen Auseinandersetzung des von dem Verbote zunächst erwarteten Resultates

ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiofamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.

nicht zweifelhaft sein kann;

vgl. auch L. 4, L. 9. § 4 h. t.,

und dass endlich die Rechtfertigung gegenüber dem Gläubiger sowohl in der ausdrücklichen Hervorhebung der speciellen Veranlassung zur Erlassung des Gesetzes:

Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset

als in dem Zwischensatze:

qui pessimo exemplo foenerarent

angedeutet ist.

vgl. auch L. 3. § 3 h. t. und den nächsten § II.

Die nähere Begründung muss sich aus der in den nächsten Para-

graphen folgenden Darstellung der einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen des senatusconsultischen Verbotes ergeben (vgl. namentlich den § 48 II. vor Ziff. 1; III. 2; IV und V.; den § 50 I. und II.; den § 51 I. 3).

Sie wird zugleich darthun, dass es nicht gerechtfertigt ist, wenn ältere und neuere Schriftsteller in dem Zwecke des Senatusconsultes die Bestrafung der Foeneratores, und in dem Bestimmungsgrunde die Gefährdung des Lebens des Hausvaters stärker betonen, als oben geschehen. Letztere bildet die äusserste Folge der Ueberschuldung der Hauskinder und der Zerrüttung der Familienverhältnisse, welchen das Senatusconsult entgegen wirken will: dass sie in den Quellen besonders hervortritt,

vgl. L. 1 pr., L. 3. § 3 h. t.; § 7 J. h. t.

hat seinen Grund in der Gelegenheitsursache des Gesetzes (vgl. oben II). Erstere wird zwar in den Quellen in den Vordergrund gestellt;

L. 9. § 4 h. t., L. 19 pr. cond. ind. 12. 6 u. a. m.

aber im Wesentlichen nur um den Gegensatz zwischen denjenigen Verböten zu bezeichnen, die sich direkt gegen den zu schützenden Schuldner wenden, und denjenigen, die den Schuldner schützen, indem sie dem Gläubiger das Contrahiren untersagen ⁸⁾).

§ 48. Die Voraussetzungen des im Senatus-Consulte enthaltenen Verbotes.

Das Verbot des S.C. Macedonianum greift unter folgenden Voraussetzungen ¹⁾ Platz:

I) Der Vertrag, um welchen es sich handelt, muss während Dauer der Gewalt von einer der Gewalt unterworfenen Person abgeschlossen worden sein;

L. 1 pr. h. t.: ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset

8) Vgl. namentlich Christiansen a. a. O. S. 109 u. 110.

1) Ueber die Voraussetzungen vgl. Donellus l. c. c. 26—28; Glück XIV. S. 308 f., 333 f., 349 f.; Dietzel a. a. O. S. 22—31, 36—56; 69—102; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Anm. zu § 245; Dückers l. c. p. 25—35, 103—114, 137—165; Windscheid § 373. Z. 1—4; Seydel a. a. O. S. 8—30; Ryck a. a. O. S. 58—102.

also

1) von einer der Gewalt unterworfenen Person.
gleichviel ob Haussohn oder Haustochter,

L. 9. § 2 h. t. (Ulp. 29 ad Edictum)

gleichviel ob Descendent ersten oder entfernteren Grades,

L. 14 h. t. (Julianus lib. 12 Dig.), L. 6. § 1 C. e. t. (Imp.

Philippus A. et Philippus C. Theopompo)

gleichviel ob leibliches oder Adoptivkind.

L. 1. § 2 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edictum).

Trifft diese Voraussetzung zu, so ist weiterhin gleichgültig, ob das Hauskind volljährig oder minderjährig ist,

L. 11. § 7 minor. 4. 4 (Ulp. lib. 11 ad Edictum); L. 34 pr.

e. t. (Paulus lib. 1 Sentent.)

und in welcher Lebensstellung sich dasselbe befindet.

L. 1. § 3 h. t.

Ob nicht im Zusammenhange mit der Entstehung der castrensischen Peculien der letztere Satz durchbrochen worden ist (vgl. L. 1. § 3 und L. 2 h. t., L. 7. § 1 C. h. t.), soll in der Lehre vom castrensischen Peculium erörtert werden. Andere Stellen, welche auf die Lebensstellung der Hauskinder hinweisen,

vgl. z. B. L. 3 pr. und § 1 h. t. (Ulp. lib. 25 ad Edict.)

L. 2 C. e. t. (Severus et Antoninus A.A. Sophiae)

geben derselben jedenfalls keine selbstständige Bedeutung, vgl. das Nähere unter Ziff. II.

2) während Dauer der Gewalt.

Ob diese Voraussetzung im concreten Falle zutrifft, kann nach doppelter Richtung hin zweifelhaft sein: insoferne zweifelhaft sein kann, einmal ob überhaupt eine Gewalt besteht, und weiterhin ob der entscheidende Vorgang in die Zeit der Gewalt oder in die Zeit vor beziehungsweise nach derselben fällt.

Ist das Vorhandensein einer Gewalt zweifelhaft — was der Fall ist, wenn der Gewalthaber gefangen ist, nicht aber wenn die Beseitigung der Gewalt durch Wiedereinsetzung möglich ist —

L. 1. § 1 und 2 h. t. vgl. mit L. 22. § 2. cap. 49. 15 (Julianus lib. 62 Dig.)

so bleibt zunächst auch fraglich, ob das Senatusconsult Anwendung findet und wird, da die Gewalt bis zu der Gefangennahme un-

zweifelhaft bestanden hat, also nur unentscheidbar ist, ob sie aufgehört hat, bis zu der Entscheidung das Rechtsverhältniss so behandelt, wie wenn es gegen das Senatusconsult verstossen würde.

L. 1. § 1 cit.: interim igitur deneganda est actio.

Die zweite Frage — ob das Darlehen während oder ausser der Zeit der Gewalt entstanden ist — entscheidet sich nach der Zeit der numeratio, nicht der Verabredung über die Darlehenshingabe beziehungsweise des Abschlusses der stipulatio de reddendo mutuo —

L. 3. § 4. — L. 6 h. t. (ausser Ulp. lib. 25 ad Ed. Scaevola lib. 2 Quaest. und Paulus lib. 3 Quaest.)

wiederum consequent, da die Schuld aus dem mutuum erst durch die numeratio entsteht:

quia mutua jam patrifamilias data est.

Diesem Entscheidungsgrunde würde es entsprechen, auch dann das Senatusconsult cessiren zu lassen, wenn zwar der Uebergang der Werthe, die dargeliehen werden sollen, während der Gewalt erfolgt, die Verabredung dagegen, die diese Werthe zum mutuum macht, nach deren Lösung. Allein in diesem Falle eines nicht credendi animo erfolgten Werthüberganges ist überhaupt kein Darlehen, wie es das Senatusconsult voraussetzt, vorhanden (vgl. unten III. auf S. 450 ff.), also auch die Zeit, in welche die einzelnen begründenden Momente fallen, gleichgültig.

II. Der dritte Contrahent muss entweder gewusst oder in Folge unentschuldbaren Irrthumes nicht gewusst haben, dass sein Mitcontrahent unter väterlicher Gewalt steht.

Diess ist ausgesprochen in

L. 19 h. t. (Pomponius lib. 7 ex variis Lectionibus):

Julianus scribit, exceptionem Senatusconsulti Macedoniani nulli ob stare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium-familias esse eum cui credebat.

vgl. auch L. 3 pr. — § 2., L. 7. § 7 und 8 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edictum); L. 1. C. h. t. (Imp. Aelius Pertinax A. Atilio); L. 2. C. e. t. (Imp. Severus et Antoninus A.A. Sophiae)

während das Senatusconsult selbst dieser Voraussetzung nicht erwähnt.

Indessen so zweifellos auch die abgedruckte L. 19 h. t. den

vorausgestellten Satz zu enthalten scheint: so ist derselbe doch keineswegs allgemein anerkannt. Nicht auf Wissen und Nichtwissen, entschuldbares und unentschuldbares Nichtwissen in der Person des dritten Contrahenten soll es nämlich nach der Ansicht der Einen ankommen, sondern auf den Dolus des Hauskindes ²⁾: während von anderer Seite angenommen wird, dass überhaupt nicht der subjective Standpunkt entscheidend sei, sondern das objective Moment der öffentlichen Meinung, das publice patremfamilias videri ³⁾.

Allein wenn auch

L. 3 pr. und § 1 D. h. t. und L. 2 C. h. t.

auf das publice patremfamilias videri recurriren, so geschieht diess, wie namentlich

L. 3 pr. in den Worten: Si quis patremfamilias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur.

unbestreitbar darthut, nur desswegen: weil die öffentliche Meinung eine unanfechtbare Grundlage für den Irrthum des Gläubigers und dessen Entschuldbarkeit abgibt. Ist diess richtig, so ist auch klar, dass den äusseren Thatsachen, auf Grund deren sich die öffentliche Meinung bildet — dem sic (d. h. wie ein paterfamilias) agere, contrahere, muneribus fungi, vectigalia conducta habere (L. 3 pr. und § 1 h. t.) — ebensowenig eine selbstständige Bedeutung zukömmt, kann also auch keineswegs gerade ein selbstständiges Auftreten in gerichtlichen und staatlichen Angelegenheiten (in jure et in publicis causis) verlangt werden.

vgl. auch L. 1. C. h. t.; L. 7. § 7. und 8. D. h. t.

Ein bewusstes Hervorrufen oder Benützen des Irrthumes des Gläubigers wird ferner bestimmt nur erwähnt in

L. 1. C. h. t.: Si filius... mutuum a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret...

2) Ueber diesen Punkt sind zu vergleichen Donellus l. c. p. 686; Glück XIV. 350; Unterholzner I. 150. Note c; Vangerow a. a. O. Z. 2. a, Dückers l. c. p. 147 f. und die daselbst weiter citirten Schriftsteller; Seydel a. a. O. S. 18; Ryck a. a. O. 117 fl., 120 fl.

3) Dietzel a. a. O. S. 26 fl., vgl. gegen solchen Dückers l. c. p. 142 fl.; Seydel a. a. O. S. 17 und 18, Ryck a. a. O. S. 116 fl., Windscheid § 373. Z. 4.

denn die L. 10. re judic. 42. 1. (Marcellus lib. 2. Dig.) spricht zunächst nur von dem Competenzbenefizium und enthält keineswegs nothwendig eine Entscheidung über die exceptio Senatusconsulti Macedoniani. Jene L. 1. C. cit. aber zeigt durch die dem ausgehobenen Satze unmittelbar folgenden Worte:

ejusque affirmationi credidisse te justa ratione edocere potes, dass der Irrthum des Gläubigers und seine Entschuldbarkeit, nicht der Dolus des Hauskindes massgebend ist — könnte doch, wenn Letzteres der Fall wäre, ohne Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen neben dem Dolus die Entschuldbarkeit des Irrthumes (justa ratione) unmöglich in Betracht kommen. Hauptsächlich um dieser Entscheidung der Lex willen kann auch aus

L. 4. § 14. doli mali exc. 44. 4. (Ulp. lib. 76. ad Edict.)

Contra Senatusconsulti quoque Macedoniani exceptionem de dolo dandam replicationem ambigendum non esse eamque nocere debere etiam constitutionibus et sententiis auctorum cavetur.

weder abgenommen werden, dass der Gedanke der L. 19. h. t. durch replicatio durchgeführt werde, vgl. hiegegen auch

L. 3. pr. h. t. . . cessabit Senatusconsultum.

L. 3. § 1. h. t. . . cessare Senatusconsultum

noch dass bei unentschuldbarem aber auf dolus des Hauskindes beruhendem Irrthum die an sich begründete exceptio durch replicatio doli bedeutungslos gemacht werden könne. Die Stelle will vielmehr nach dem Zusammenhange, in welchem sie steht (vgl. namentlich § 13. ej. leg.) lediglich die Frage beantworten: ob überhaupt gegen die exceptio Senatusconsulti Macedonianj eine replicatio doli statthaft sei; dass sich aber solche replicationes doli auch auf anderer Grundlage, als der des mentiri patrem familias esse denken lassen, kann nach L. 2. § 5. e. t. und anderen Stellen nicht wohl bezweifelt werden ⁴⁾.

Freilich liegt in diesem Resultate eine Abweichung sowohl

4) Dückers l. c. p. 146 und Ryck a. a. O. S. 120 ff. Bei den von Letzterem angezogenen Fällen lügenhaften Vorgebens über anderweite Voraussetzungen eines gültigen Darlehens z. B. über die Zustimmung des Vaters oder über die beabsichtigte Verwendung wird übrigens die Analogie Dessen gelten müssen, was über das mentiri patremfamilias gesagt ist.

von den Grundsätzen, welche bezüglich des Competenzbenefizium gelten (vgl. hierüber den § 46. II. 1. e auf S. 425 fig.), als von den das Senatus-consultum Vellejanum betreffenden Stellen, welche entschuldbaren Irrthum des Gläubigers und Täuschung Seitens des Schuldners als zwei neben einander stehende und unabhängige Ausschlussgründe erscheinen lassen.

L. 4. pr., L. 6., L. 11. und 12., L. 17. pr. ad S. C. Vellej. 16. 1.; L. 2. § 3., L. 23., L. 30. eod. tit. ⁵⁾

Indessen erklärt sich die für das macedonianische Senatusconsult constatierte Behandlungsweise einmal daraus, dass durch Rückgehen auf Zweck und Inhalt des Senatusconsultes die Beachtung jener innerlichen Momente begründet werden kann, also der formelle Anschluss an die replica doli nicht erforderlich ist; weiterhin aber daraus, dass das Senatusconsult zunächst auf die Gläubiger, nicht auf die Hauskinder einwirken will, und ihm so nothwendig das Wissen und Wollen der Gläubiger, deren Sorgfalt oder Nachlässigkeit von Bedeutung ist.

Die letztere Bemerkung mag zugleich darthun, dass dieses Requisit innerlich begründet ist, ohne dass es nöthig wäre, dem Senatusconsulte den Zweck der Bestrafung der Gläubiger zu unterlegen. Im Gegentheile zeigt das Verlangen der Entschuldbarkeit des Irrthumes, dass an eine eigentliche Strafbestimmung nicht zu denken ist: wäre es doch eine aussergewöhnliche und anderweit nicht vorkommende Härte, die blosse Fahrlässigkeit mit dem Verluste der actio zu bestrafen.

Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

1) Bei der Frage, ob der Irrthum des Gläubigers entschuldbar ist ⁶⁾, kommt das Privileg derjenigen Personen, denen der Rechtsirrthum nachgesehen wird, massgebend mit in Betracht.

L. 3. § 2. h. t.: Proinde et in eo, qui scire non potuit, an filius familias sit, Julianus lib. XII. cessare Senatusconsultum ait.

5) Vangerow, Pandekten Anm. 1 zu § 581, Z. 4 u. 5. Windscheid, Pandekten § 486, Ziff. 1 u. 2.

6) Ueber diese Frage sind die eingehenden Erörterungen von Donellus l. c. p. 689—91 zu vergleichen.

L. 9. pr. juris et fact. ign. 22. 6. (Paulus lib. singul. de jur. et fact. ign.)

Diess gilt ausgesprochener Massen für Minderjährige, die also, wo überhaupt ein Irrthum auf ihrer Seite concurrirt, auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu recurriren brauchen, wie denn die L. 3. § 2. cit. nach den eben ausgehobenen Worten fortführt:

Sed in minore causa cognita et a Praetore succurrendum.

Nach classischem Rechte trifft der Satz überdiess auch wohl zu für Frauen (L. 8. und 9. pr. juris et fact. ign. 22. 6.).

Insoferne kann also die Person und Qualität des Gläubigers allerdings von Bedeutung sein, während solche an sich bedeutungslos, namentlich das Verbot keineswegs auf solche Darleiher beschränkt ist, welche Wucher zu treiben pflegen.

L. 15. h. t. (Marcianus lib. 14. Inst.): Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus an civitas...

2) Für den Fall, dass auf der einen oder der anderen Seite des Geschäftes mehrere Personen theilhaft sind, finden sich etliche Entscheidungen in den Quellen ein, deren eine nicht ohne Schwierigkeiten ist.

Die

L. 7. § 7. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edictum)

fährt nämlich, nachdem zuvor gesagt worden ist, dass auch den Successoren des Darleihers die Klage zu versagen sei, fort:

Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius ⁷⁾ dicendum est utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi.

bestimmt also, dass unter gewissen Voraussetzungen einem Gläubiger, welcher in entschuldbarem Irrthume über die Person des Schuldners sich befindet, um der Wissenschaft (scientia) einer anderen Person willen die Einrede des Senatusconsultes entgegenstehe.

7) So schon bei Cujacius, Op. Omn. IX. 318. E, in der Ausgabe von Gothofredus — van Leuwen (unter Begründung durch Franc. Modius), und jetzt bei Mommsen: vgl. auch Dückers l. c. p. 152. Gewöhnlich lesen dagegen die Ausgaben: in patris esse potestate se, verius dicendum est etc.

Unter welchen Voraussetzungen? ist bestritten, kann aber kaum zweifelhaft sein, wenn beachtet wird, dass von *utriusque nocere* die Rede ist. Denn diess ist nur möglich, wenn die beiden in Frage stehenden Personen Gläubiger des Hauskindes sind. Es lässt sich also weder daran denken, dass *is qui mutuam dedit* (*pecuniarius*) bloßer Gehülfe oder Bevollmächtigter in Begründung der Obligation, nämlich durch Auszahlung des Geldes *nomine alterius sei* ⁸⁾; noch daran, dass *is qui stipulatus est* durch gleichzeitige oder nachträgliche Novation Alleingläubiger geworden wäre ⁹⁾. Ist dem aber so, so erübrigt nur die Annahme eines Falles, in welchem der Eine in der gewöhnlichen Weise Darlehensgläubiger, der Andere durch accessorische Stipulation sein *Correus* wird ¹⁰⁾. Diese Ansicht empfiehlt sich weiterhin dadurch, dass bei ihr einmal jeder Widerspruch mit der von der Novation handelnden

L. 19. Nov. 46. 2. (Paulus lib. 69. ad Edictum)

vermieden ist, und weiterhin die Anreihung der *duo rei stipulandi* sich einfach und natürlich erklärt. Denn dass wenn einmal bei Correalgläubigern die *scientia* des Einen dem Anderen schadet, darauf Nichts ankommen kann, ob die Forderungsrechte der Mitgläubiger durch zwei rechtlich verschiedene *causae* (*mutuum* und *stipulatio*) oder durch identische Verpflichtungsgründe (*Correalstipulation*) begründet werden, liegt auf der Hand. Fragt es sich aber, warum nach der strengeren Ansicht (*severius*) das Wissen des einen Correalgläubigers auch dem anderen schade, d. h. bewirke, dass auch ihm gegenüber die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* begründet ist, so mag allerdings das Bestreben, das Verbot des *Senatusconsultes* möglichst wirksam zu machen und Umgehungen thunlichst auszuschliessen, den Anstoss zu dieser Behandlungsweise gegeben haben ¹¹⁾. Die rechtliche Vermittlung dagegen, deren es bedarf, um zu diesem aus dem *Senatusconsulte* unmittelbar nicht abzulei-

8) So etwa Schwanert a. a. O. S. 358. Note 58, vgl. auch Dückers l. c. p. 149 sq., während die Glosse umgekehrt in dem Stipulanten den Bevollmächtigten sieht.

9) So Dietzel a. a. O. S. 91 fl.; vgl. auch Machelard l. c. p. 124 sq.; Seydel a. a. O. S. 46 f.

10) So etwa Donellus, Op. Omn. III. 69.

11) Diess betonen Cujacius, Op. Omn. IX. 318, neuerdings Dückers p. 148 fl., 152 und Ryck a. a. O. S. 118.

tenden Resultate zu gelangen, muss entweder in der Natur der Correobligatio ¹²⁾ oder darin gesucht werden, dass in dem hier vorausgesetzten Falle — es tritt zu dem dare des mutuum eine formgebende Stipulatio hinzu — dare und stipulari als Bestandtheile des Thatbestandes eines und desselben Geschäftes erscheinen ¹³⁾.

L. 6. § 1. und L. 7. nov. 46. 2., L. 126. § 2. V. O. 45. 1. Beide Argumentationen sind ausreichend, keine aber in dem Grade genügend, dass nicht die römische Jurisprudenz, wäre ihr das Resultat nicht wünschenswerth erschienen, abzuweichen vermocht hätte. Daher wohl auch die im Worte »severius« liegende Hinweisung einmal auf abweichende Ansichten und dann auf eine mitwirkende Zweckmässigkeitserwägung.

In dem umgekehrten Falle — wenn zwei Correalschuldner dem einen Gläubiger gegenüberstehen — kommt es darauf an:

ad quem pecunia pervenit.

Ist dieser Correalschuldner Haussohn und der Gläubiger nicht in entschuldbarem Irrthume über diese Eigenschaft, so trifft das Senatusconsult zu. Der Irrthum über die Haussohnqualität desjenigen Correus, der das Geld empfängt, nützt also hier, während der Irrthum über die gleiche Qualität des anderen Correus bedeutungslos ist.

.. ut, si eum scivi filium familias ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear; si ad eum, quem ignorem, non summovear (L. 7. § 8. vgl. auch L. 7. § 1 h. t.)

Diess ist nach Dem, was unter Z. 3. auszuführen ist, ganz consequent. Schwierigkeiten kann nur die Frage bereiten, in wie ferne sich auch der andere Correalschuldner — der das Geld nicht erhalten hat — der Einrede aus dem Senatusconsulte bedienen kann; diese Frage aber ist in anderem Zusammenhange zu erörtern (vgl. Ziff. III. 2.).

3) Die Frage, auf wessen Wissen es ankomme, wenn in Folge Bestimmung bei der Hingabe nicht der Darleiher d. h. Derjenige, der das Geld auszahlt, sondern ein Dritter, in dessen Namen hingeben worden ist, rückforderungsberechtigt werden soll,

12) Donellus l. c. III. 691. c. 8.

13) Schwanert a. a. O. S. 358. Note 58.

L. 9. § 8. reb. cred. 12. 1. (Ulp. lib. 26. ad Edictum): Si nummos meos tuo nomine dedito velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conditionem — u. a. m. St.

ist in den Quellen nicht direkt beantwortet: denn L. 7. § 7. h. t. die dem ersten Anscheine nach hierher sich bezieht, betrifft einen anderen Fall (vgl. Ziff. 2.), und kann höchstens eine Analogie für die Beantwortung der Frage bieten. Es kann indessen kaum einem erheblichen Anstande unterliegen: da, wo der Darleiher ohne Vorwissen des Rückforderungsberechtigten das Geld auszahlt und die Darlehensschuld begründet, lediglich Dessen Wissen und Irren in Betracht zu ziehen; da dagegen, wo der Zahlende mit Wissen und Willen des künftigen Gläubigers das Geld auszahlt, sowohl des letzteren als des ersteren Wissen und Irren. Im letzteren Falle würde also das Verbot Platz greifen, sobald entweder der Zahler oder der Rückempfänger zu der Zeit der Begründung des Mutuum die Hauskindqualität des Entlehners kennt beziehungsweise kennen könnte und sollte.

Hierauf führt — sobald man einmal in diesen Fällen abgesehen von dem Verbote des S. C. Macedonianum ein Forderungsrecht des Dritten entstehen lässt — die innere Consequenz; hierauf aber auch die Analogie der oben angeführten L. 7. § 7. h. t.

4) Etwaige Zweifel über die Beweislast ¹⁴⁾ sind abgeschnitten durch

L. 1. C. h. t. (Imp. Aelius Pertinax A. Atilio): Si filius, quum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret, ejusque affirmationi credidisse te justa ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

III. Das Geschäft, um welches es sich handelt, muss ein Darlehen oder ein darlehensartiges Geschäft sein und zwar ein Darlehen beziehungsweise darlehensartiges Geschäft, welches eine Geldsumme in die Hand des Hauskindes bringt.

¹⁴⁾ Dückers l. c. p. 152 und die daselbst citirten Schriftsteller; Ryck a. a. O. S. 119. Doch wollen manche Aelteren und Neueren in dieser Beziehung dem Dolus einen Einfluss gestatten.

Das Senatusconsult will seinem Wortlaute nach Denjenigen treffen:

qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset.

Die Jurisprudenz hat indess, indem sie einer Seits die Beschränkung auf Gelddarlehen materiell festhält, anderer Seits den Umkreis der verbotenen Geschäfte dem Grundgedanken des Senatusconsultes entsprechend zu gestalten sucht, das Requisit nach zwei Seiten hin näher bestimmt:

1) Verträge, welche keine Darlehensverträge oder wenigstens keine Gelddarlehen sind, fallen unter das Senatusconsult, wenn durch solche der Erfolg eines Gelddarlehens beabsichtigt und erzielt wird.

Diess ist ausgesprochen in Beziehung auf Darlehen von Getreide, Wein, Oel:

sed si fraus sit Senatusconsulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias. (L. 7. § 3 h. t.)

und auf Verkäufe:

Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. (L. 3. § 3 h. t.)

Bei diesen und anderen ähnlichen Verträgen bedarf es, da der regelmässige Inhalt und Zweck des Geschäftes mit Inhalt und Zweck des Gelddarlehens nicht zusammenfällt, einer besonderen Absicht der Contrahenten: es müssen nämlich die nicht in Geld bestehenden Vertragsgegenstände gerade desswegen dargeliehen oder verkauft werden, damit sie der Empfänger verkaufe, und den Erlös beziehungsweise die im Voraus festgesetzte, zu erlösende Summe als Darlehen habe. Diess ist die in den angeführten Stellen erwähnte fraus contra Senatusconsultum, die also nicht gerade in einer um des Senatusconsultes willen erfolgenden Verdeckung des wirklichen Sachverhaltes zu suchen, und selbstverständlich von Demjenigen zu behaupten und darzuthun ist, der sich auf die Anwendbarkeit des Senatusconsultes beruft.

Das Senatusconsult findet aber auch Anwendung auf solche Verträge, welche ihrem regelmässigen Inhalte nach denselben Zweck

verfolgen und dasselbe Resultat herbeiführen, wie ein Gelddarlehen. Bei ihnen bedarf es einer besonderen *fraus contra Senatusconsultum* nicht. Hiefür liegt ein specieller Beweis in der Bestimmung von

L. 7. § 7. h. t. (vgl. oben II. Ziff. 2.),

nach deren Inhalt eine Stipulation, die zu einer *mutua pecunia* formgebend hinzutritt, die Anwendung des *Senatusconsultes* nicht ausschliesst. Es kann indess keinem Anstande unterliegen, auch das sogenannte irreguläre Depositum, die Bestellung eines *Quasiususfructus* an baarem Gelde und ähnliche Verträge unter denselben Gesichtspunkt zu bringen.

vgl. auch L. 3. C. h. t.:

origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.

Hat nach diesen Richtungen hin die Jurisprudenz formell von dem Requisite der *mutua pecunia* abgesehen und nur materiell an demselben festgehalten: so verlangt sie doch mit Bestimmtheit das Zutreffen der materiellen Voraussetzungen des *Mutuum*. Diess tritt hervor einmal darin, dass sie nirgends andere Schulden, denn Schulden auf Rückgabe direkt oder indirekt angeliehenen Geldes als dem *Senatusconsulte* unterliegend behandelt;

L. 3. § 3., L. 7. § 3. h. t.; L. 3. C. h. t. u. a. m.

und dann darin, dass sie, soweit ein wirkliches Darlehensgeschäft in Frage steht, das Zutreffen aller Voraussetzungen seiner Gültigkeit, also namentlich den Uebergang des Eigenthumes der *nummi* verlangt.

L. 3. § 2. h. t. *... cessare Senatusconsultum, quod mutua pecunia non fit, quum sine tutoris auctoritate pupillus dat...*

2) Auch Gelddarlehen unterliegen nicht dem *Senatusconsulte*, wenn sie nicht einem Hauskinde eine bisher nicht zu dessen Verfügung stehende Geldsumme verschaffen.

L. 3. § 3. h. t.: *... licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum.*

Diess ist angewendet namentlich auf diejenige Fälle von Gelddarlehen, welche dadurch zu Stande kommen, dass dem Schuldner einer Geldsumme das von ihm *ex alio contractu* geschuldete Geld als Darlehen belassen wird;

..etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim . . . cessat Senatusconsultum (L. 3. § 3. h. t.);
L. 3. C. h. t.

tritt aber auch darin hervor, dass das Hauskind, das als Correal-schuldner oder Bürge bei einem Gelddarlehen betheiligt ist, den Schutz des Senatusconsultes nicht genießt, wenn nicht ihm das Geld zugekommen ist.

arg. L. 7. pr. § 1 und § 8. h. t.

Auch in der Bestimmung, dass das Hauskind, das durch Novation die ex mutuo entstandene Darlehensschuld eines Anderen übernimmt, dem Senatusconsulte nicht unterliege,

L. 13. h. t. (Gajus lib. 9. ad Edictum prov.)

ist derselbe Gedanke wenigstens mitwirkend.

Fragt es sich aber, warum die numeratio pecuniae betont und gewisser Massen zum selbstständigen Requisite erhoben wird, so ist die Antwort enthalten in L. 3. C. h. t.

..quo foenerare filiisfamilias est prohibitum..

noch mehr aber in der ebenfalls schon angeführten

L. 3. § 3. h. t.: nam pecuniae datio pernicioosa . . visa est.

d. h. nicht das Schuldenmachen an sich, sondern die Aufnahme von Geld durch die Hauskinder wird als so gefährlich erachtet, dass eine Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit als nöthig erscheint. Fragt es sich dann weiterhin, warum eine solche Gefährlichkeit nur in der Aufnahme von Gelddarlehen gesehen wird, so mag darauf die Erfahrung geführt haben, dass kaum irgend einmal auf der einen Seite wucherliche Ausbeutung der Hauskinder, auf der anderen Seite leichtsinnige Verschleuderung des künftig anfallenden Vermögens anders als durch fortgesetzte Geldaufnahme vermittelt und bis zur völligen Zerrüttung der Vermögens- und Familienverhältnisse fortgeführt wird. Der für alle Zeiten gleichbleibende Grund dieser Erscheinung aber ist die Natur des Geldes, das allein von allen Werthen unterschiedslos aufbringbar und unterschiedslos verwendbar ist ¹⁵⁾. Hievon ausgehend, lässt sich denn auch das Requisit richtig begrenzen und wird z. B. in einem Falle, wie ihn

15) Dietzel a. a. O. S. 71.

Africanus lib. 8. Quaest. (L. 34. pr. mand. 17. 1.) Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat....

anführt, die Anwendbarkeit des Senatusconsultes nicht bezweifelt werden können; ebensowenig, wenn die von dem Hauskinde vorgenommene Novation ein von solchem selbst erhaltenes Darlehen betrifft (vgl. übrigens über den letzteren Fall das Nähere unten in § 50. IV. 2.).

Treffen die beiden Voraussetzungen (1. und 2.) zu, so ist es weiterhin gleichgültig, unter welchen Umständen und Modalitäten der Vertrag abgeschlossen worden ist, namentlich ob das Darlehen verzinslich oder unverzinslich ist,

L. 7. § 9 h. t.

ob das an das Hauskind gekommene Darlehen von solchem für einen Dritten bestimmt beziehungsweise in dessen Vertretung (als institor) aufgenommen worden ist oder für sich selbst,

L. 7. § 11 h. t.

ob das Geld vom Hauskinde verschleudert, oder in zweckmässiger, etwa das Peculium vermehrender Weise verwendet worden ist.

L. 9. § 2 h. t.: nec interest consumpti sint nummi an extent in peculio...

Letzteres wird freilich nicht selten bestritten, und — namentlich auf Grund von

L. 47. § 1. solut. 46. 3. (Marcianus lib. 4. Reg.) Sic et in filio familias putabat (Scaevola) Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit, et eam perdiderit.

sowie von

L. 7. § 14 h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edictum): Si filius accipit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summo veretur, Senatusconsulti cessabit exceptio —

angenommen: entweder dass jedes Darlehen gerechtfertigt sei, das durch ein Bedürfniss des Hauskindes hervorgerufen worden ¹⁶⁾, oder dass diess wenigstens bei solchen Darlehen zutrefte, die zur Deckung von

16) So z. B. Unterholzner I. 151. Note e; Arndts Lehrb. § 282. Note 2. lit. c; Seuffert, Pand. § 312. Ziff. 4; Seydel a. a. O. S. 28 f., Ryck a. a. O. S. 114 fl.

exceptionsfreien Schulden des Hauskindes aufgenommen worden ¹⁷⁾. Indessen stehen diese Ausnahmebestimmungen, soweit sie auf den Grundgedanken der *versio in rem filii* zurückzuführen sein sollten, in unlöslichem Widerspruche mit der oben angeführten Entscheidung der L. 9. § 2 h. t. Wollten sie weiterhin daraus erklärt werden, dass Grundgedanke und Zweck des *Senatusconsultes* nur auf das Verbot leichtsinniger, in den Verhältnissen nicht gerechtfertigter Darlehensaufnahmen führen, so steht Dem entgegen, dass die Jurisprudenz scharf und bestimmt fixirt hat, unter welchen Voraussetzungen ihr eine Darlehensaufnahme als gerechtfertigt erscheine: nämlich wenn sie mit Zustimmung des Hausvaters oder um des in dessen Verhältnissen liegenden Bedürfnisses willen erfolgt ist (vgl. Z. 4. und 5.); und dass diess Grundgedanken und Zweck des *Senatusconsultes* sicherlich mehr entspricht, als wenn das Ermessen des Hauskindes beziehungsweise die Gestaltung der durch ihn selbst willkürlich geschaffenen Verhältnisse (sein Schuldenstand) über die Zulassung der Darlehensaufnahme entscheiden sollte. Auch liesse sich die Untersuchung, ob und unter welchen Voraussetzungen in der Befriedigung der Bedürfnisse des Hauskindes eine *versio in rem patris* liege,

L. 7. § 12. und 13. vgl. auch L. 17 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edict.; Paulus lib. 2 Sent.)

und liesse sich namentlich die Specialentscheidung der

L. 7. § 12. cit.: *Non tamen vertisse videbitur, si mutuum pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit et ideo . . . adhuc Senatusconsulto locus erit.*

nicht erklären, wenn das Bedürfniss des Hauskindes für sich allein beziehungsweise die Existenz von Schulden desselben ein ausreichender Rechtfertigungsgrund für die Darlehensaufnahme wäre. Der Versuch endlich, die L. 7. § 14. cit. daraus zu erklären, dass in dem vorausgesetzten Falle eine wirkliche *numeratio pecuniae*, das Verbringen einer weiteren Geldsumme in die Hand des Hauskindes, nicht vorliege, wird schon durch L. 7. § 11 h. t. widerlegt.

So bleibt Nichts übrig, als die beiden Stellen aus der *versio*

17) So z. B. Sintenis, Civilrecht § 99. Note 54; Vangerow, Anm. zu § 245. Z. 2. lit. d; Dietzel a. a. O. S. 41 u. 42; theilweise auch Dückers l. c. p. 163 sq.

in rem patris zu erklären, was bei der L. 47. § 1. solut. durch die Vergleichung mit L. 7. § 13 h. t., L. 3. § 3, de in rem verso 15. 3, bei der L. 7. § 14 cit. durch den Zusammenhang, in welchem deren Entscheidung abgegeben ist, nahe genug gelegt ist¹⁸⁾. Hiebei muss, was die letzt angeführte Stelle betrifft, keineswegs von Vorneherein an Schulden des Hausvaters gedacht, kann vielmehr die Stelle, entsprechend ihrem nächsten und unmittelbaren Inhalte (qui . . exceptione non summoveatur) auf Gelddarlehen des Hauskindes bezogen werden. Denn solche Gelddarlehen sind — wenn von den Ausnahmefällen eines Irrthumes des Gläubigers (vgl. oben II.) und des peculium castrense abgesehen wird — nur exceptionsfrei, wenn entweder Vorwissen des Hausvaters oder Verwendung in dessen Vermögen vorliegt, in diesen zwei Hauptfällen gültiger Darlehensaufnahmen aber ist der Hausvater auch selbst verhaftet. Der Jurist konnte also im Allgemeinen mit Recht und ohne andere Grundlage als die unter IV. und V. näher zu entwickelnden Sätze sagen:

Wenn der Haussohn ein Gelddarlehen aufnimmt, um einen anderen Darlehensgläubiger, welchem die exceptio S.C. Macedoniani nicht entgegensteht, zu befriedigen, so steht diese Einrede auch dem neuen Gläubiger nicht entgegen. Hienach ist der Satz, dass es auf Bestimmung und Verwendung des aufgenommenen Geldes nicht ankomme, allerdings gerechtfertigt. Aber freilich leidet er eine wichtige Einschränkung dadurch, dass die Beziehung des Darlehens auf den Hausvater und seine Angelegenheiten das Senatusconsult unter Umständen als unanwendbar erscheinen lässt. Das Nähere hierüber vgl. unten V.

IV. Das Geld darf nicht aufgenommen sein voluntate patris familias:

L. 7. § 11 h. t. . . quoniam patris voluntate contractum videretur.

L. 2. C. h. t. . . si . . patris voluntate contraxit . .

Die Jurisprudenz stellt diese Voraussetzung auf, ohne in den Worten des Senatusconsultes einen Anhaltspunkt zu haben; auch ist aus den überlieferten Quellen der anderweite Grund derselben nicht zu entnehmen. Indessen ist wohl kaum zweifelhaft, dass er in Grundgedanken und Zweck des Senatusconsultes zu suchen ist.

18) So namentlich Donellus l. c. 27. § 15; Glück XIV. 340; Schwannert a. a. O. S. 343; Windscheid § 373. Note 11.

Solches will die Familie, deren Bestand und Interessen schützen gegen die schädlichen Einwirkungen einer Seits des Leichtsinnes der Kinder und anderer Seits der solchem Vorschub leistenden Wucherer. Um Unterstützung des Hausvaters, nicht um eine Einschränkung der ihm zukommenden Machtstellung handelt es sich also. Folgeweise können auch Akte, die mit seinem Willen vorgenommen werden, nicht durch das *Senatusconsult* reprobirt sein.

Allerdings hat Dietzel (a. a. O. S. 31 f., 52 f.) eine andere Ansicht aufgestellt. Nach ihm soll nämlich die Erwägung massgebend gewesen sein, dass eine *voluntate patris familias* erfolgte Darlehensaufnahme den Hausvater verpflichte, ja nicht blos verpflichte, sondern materiell zum alleinigen Schuldner mache, so dass das Hauskind nur formell, nämlich nur mit Regress gegen den Hausvater hafte; dieser Umstand aber habe die Anwendbarkeit des *Senatusconsultes* auszuschliessen genöthigt, weil es sich bei solchem nur um den Schutz des Hauskindes, nicht des Hausvaters handle. Allein diese Anschauung ist schon desswegen und von Anderem abgesehen nicht richtig, weil sie von einer verkehrten Ansicht über das Verhältniss des Hauskindes und des Hausvaters bei den *actiones adjectitiae qualitatis* und speciell bei der *actio quod jussu* ausgeht;

vgl. z. B. L. 9. § 8 *peculio* 15. 1. (Ulp. lib. 29. ad Edict.):

Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est jussu domini; nam hoc deducendum Julianus lib. XII. Dig. scribit. Sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris, quod acceptum est, pervenit... und Näheres unten im dritten Buche.

und weil sie weiterhin direkt widerlegt wird durch

L. 7. § 11. h. t.

Denn wenn irgendwo ist in diesem Falle der Darlehensaufnahme durch einen *filiusfamilias institor* die Schuld nur formell und nicht materiell eine Schuld des Hauskindes und kann im Falle der Bezahlung durch letzteres an eine Regressklage gedacht werden: und doch soll hier die *exceptio Senatusconsulti* begründet sein ¹⁹⁾.

19) Speciellere Wiederlegung findet sich bei Dückers l. c. p. 18 sq., 103 sq. vgl. auch Ryck a. a. O. S. 108 f.

Des Näheren ist zu bemerken:

1) Die voluntas, um welche es sich handelt, ist die voluntas des Hausvaters, gleichviel ob diess der leibliche Vater ist oder nicht; wogegen die voluntas des leiblichen Vaters, der nicht Hausvater ist, bedeutungslos ist:

cum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuum invito patre suo accipere non possit. (L. 14. h. t. Julianus lib. 12. Dig.)

Dass in dieser Beziehung überhaupt ein Zweifel entstehen und nicht blos ein Responsum, sondern auch eine Aufnahme desselben in die julianischen Digesten erforderlich werden konnte, mag als Beweis dafür dienen, dass es sich um eine Zustimmung aus dem Gesichtspunkte des Schutzes nicht der Vermögens- sondern der Familieninteressen handelt.

Ist diess der Fall, so kann es auch, obwohl in den Quellen nicht ausgesprochen, kaum einem Zweifel unterliegen, dass nur der Hausvater selbst, nicht ein Dritter, der mit der Verwaltung seines Vermögens betraut ist, wie der curator oder der procurator omnium bonorum, die zum Ausschlusse des Senatusconsultes nöthige Zustimmung geben kann.

arg. L. 3. § 3 und 4, L. 7. § 1 pec. 15. 1.

2) Die voluntas des Gewalthabers kann bestehen in einem dem Geschäftsabschlusse vorausgehenden Willensentschlusse (voluntas, scientia, permissio).

Was der Gewalthaber wollen muss, wenn sein Wissen und Wollen die Anwendung des Senatusconsultes ausschliessen soll, liegt auf der Hand: er muss damit einverstanden sein, dass das Hauskind das betreffende Gelddarlehen aufnehme. Irgend ein überschüssender Wille: sich für dieses Darlehen haftbar zu machen, dasselbe auf das patrimonium rückwirken zu lassen, oder dergleichen, ist nicht erforderlich und ebenso ist völlig gleichgültig, ob jenes Einverständniss mit der Darlehensaufnahme auf Grund einer Beziehung des Darlehens zu den Angelegenheiten des Hausvaters ausgesprochen wird, oder nicht, ob es generell oder in Beziehung auf ein specielles Darlehen vorhanden und constatirbar ist, ob es dem Hauskinde oder dem Dritten oder keinem der Contrahenten gegenüber ausgesprochen worden ist.

Desswegen ist die entsprechende voluntas vorhanden: wenn der Hausvater den Haussohn beauftragt hat, das Darlehen aufzunehmen, oder wenn er durch Bestellung desselben zum Institor solchem die Ermächtigung gibt, in seinen, des Hausvaters, Angelegenheiten Darlehen aufzunehmen;

L. 7. § 11 h. t. . . si ipse pater eum praeposuisse¹ merci suae . . cessaret Senatusconsultum, quoniam patris voluntate contractum videretur . . vgl. auch L. 16 h. t. (Paulus lib. 4. Resp.); L. 7 pr. C. h. t.

liegt ferner solche in jedem jussus, sowohl in demjenigen, der dem dritten Darleiher gegenüber ausgesprochen worden ist,

L. 12 h. t. (Paulus lib. 30 ad Edictum)

als im sonstigen jussus;

L. 7 C. cit.: Si filiusfamilias citra patris jussionem . . pecunias creditas acceperit.

aber auch in sonstiger positiver, ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochener Billigung, welche die Requisite eines den paterfamilias verpflichtenden jussus nicht an sich trägt;

L. 7. § 11, L. 12 h. t., L. 2. 4. 7 pr. C. h. t.

ja wird selbst angenommen, wenn der Gewalthaber keinerlei Willensentschluss zu erkennen gibt, aber das Vorhaben des Hauskindes, ein Gelddarlehen aufzunehmen, kennt, und dessen Ausführung nicht hindert. Letzterer Satz beweist sich einmal durch

L. 12 h. t.: Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est, cessare Senatusconsultum;

dann aber und namentlich durch

L. 7. § 11 h. t. si ipse pater eum . . . peculiarem (mercem) exercere passus est, cessaret Senatusconsultum . . nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit . . .

Denn die Gestattung des peculiarem mercem exercere setzt nach

L. 1. § 3 tribut. act. 14. 4. (Ulp. lib. 29 ad Edict.)

keinen positiven Willensentschluss, sondern die bloße Abwesenheit eines entgegengesetzten Willensentschlusses bei vorhandener Kenntniss von dem Geschäftsbetriebe des Hauskindes voraus.

non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle.

Was aber für die erst durch Schlussfolgerungen zu entnehmende scientia (L. 7. § 11: nam si scit etc.) gilt, muss in demselben Grade auch für die sonstige scientia gelten.

Die Quellen gehen eben davon aus, dass der Hausvater, der von der projectirten Darlehensaufnahme des Hauskindes Kenntniss erhält, verpflichtet sei, solche, wenn sie ihm nicht convenire, zu verhindern — ist diess der Fall, so ist der Schluss aus dem Nichtethun (patientia) auf die Einwilligung (voluntas) allerdings gerechtfertigt.

Diess harmonirt bestens damit, dass die Zustimmung des Hausvaters unter dem Gesichtspunkte des Schutzes der Familieninteressen verlangt wird; dient ferner als direkter Gegenbeweis gegen die oben erwähnte Dietzel'sche Auffassung — die bloße scientia macht den Hausvater selbst nicht haftbar —; rechtfertigt aber auch die Annahme, dass in Fällen, in welchen der Hausvater der scientia unerachtet die Möglichkeit des Einschreitens nicht hat, und in Fällen, in welchen die Darlehensaufnahme weder den Haussohn noch den Hausvater materiell berührt, also der Hausvater keine Veranlassung zum Einschreiten hat,

arg. L. 7. § 11 h. t. (si ipse pater eum praeposuisse meritis uae)

aus der scientia keine voluntas gefolgert werden darf.

Im Interesse und zum Schutze des dritten Contrahenten muss selbst unter gewissen Umständen voluntas des Hausvaters angenommen werden, während constatirtermassen der Hausvater die Darlehensaufnahme missbilligt. Das Nähere ergibt

L. 12 h. t. . . Sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit . . .

— eine Stelle, welche ihres Nachsatzes unerachtet

quoniam initium contractus spectandum est

doch zweifellos von Willensänderung vor Auszahlung des Darlehens verstanden werden muss, und deren Entscheidung auf andere Fälle, namentlich auch auf die Fälle, in welchen der Hausvater nicht einschreiten kann, diess aber dem dritten Contrahenten unbekannt ist, unschwer übertragen werden kann.

Die voluntas des Hausvaters kann sich aber auch aussprechen

3) in der *ratihabitio* des aufgenommenen Darlehens durch den Hausvater.

Diess ist zwar nach der Relation Justinians in

L. 7 pr. C. h. t.: Si filiusfamilias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit, veterum ambiguitatem decedentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum, quum testimonium paternum respuere satis iniquum est.

streitig gewesen, wird aber in den wenigen aus classischer Zeit herrührenden Zeugnissen

L. 7. § 15., L. 9. § 3 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edictum) nicht beanstandet.

Die beiden Stellen zeigen zugleich, dass die *Ratihabition* nicht bloß ausdrücklich, sondern auch durch schlüssige Thatsachen erfolgen kann, und nennen als solche einmal den Beginn der Heimzahlung

si pater solvere coepit quod filiusfamilias mutuum sumpserit
(L. 7. § 15 cit.)

und dann die Bürgenstellung;

Sed et si . . patris voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus. (L. 9. § 3 cit.)

ohne übrigens selbstverständlich die stillschweigende *Ratihabition* auf diese Akte beschränken zu wollen. vgl. auch L. 9 pr. h. t.

Doch kann um der

L. 11 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edict.)

willen die Unterlassung des Vorschützens der *exceptio Senatus-consulti* im Prozesse in dieser Richtung nicht in Betracht kommen und wird für die Regel aus der nachträglichen *scientia* eine *Ratihabition* schon um desshalb nicht geschlossen werden können, weil der Hausvater hier durch Widerspruch die Entstehung der Schuld nicht mehr hindern, also auch nicht zur Erhebung des Widerspruches verpflichtet sein kann. Ist freilich ausnahmsweise eine solche Möglichkeit der Einwirkung noch vorhanden, wie im Falle der

L. 16 h. t. (Paulus lib. 4. Respons.)

und dann wenn das Geld noch unverwendet und unverschleudert daliegt und dem Hauskinde die Rückgabe auferlegt werden kann: so kann auch in dem wissentlichen Schweigen eine Genehmigung liegen.

Wie dem übrigens auch sei, keinesfalls wird zur *Ratihabition* Vertrag zwischen dem Hausvater und dem dritten Contrahenten oder Abschluss eines nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtenden oder tilgenden Geschäftes (*Novation etc.*) verlangt. Denn es handelt sich weder um Verzicht auf die einmal begründete Einrede noch um Uebernahme einer Verbindlichkeit, sondern einfach um die Constatirung der Thatsache, dass der Hausvater von seinem Standpunkte als Hausvater aus gegen die Darlehensaufnahme Nicht einzuwenden wisse oder einwenden wolle.

Desshalb kann, wie bei der vorausgehenden *voluntas*, nur der Wille des Hausvaters in Betracht kommen und zwar nur wenn er *durante potestate* geäußert wird.

vgl. auch L. 11 fidej. 46 .1. (J ul. lib. 12 Digestorum).

Desshalb sind ferner die Entscheidungen der L. 7. § 16 und L. 9 pr. h. t. nicht hieher zu beziehen (vgl. hierüber unten § 50. IV. Z. 2). Im Gegentheile beantwortet sich hier die Frage: wie weit die Anerkennung reicht? einfach nach den Umständen des concreten Falles, namentlich nach der Bekanntschaft des Hausvaters mit der Sachlage und darf, im Anschlusse an die Entscheidungen der L. 7. § 15 und der L. 9. § 3 cit., davon ausgegangen werden, dass der Hausvater, der den ganzen Umfang des Darlehens kennt, im Zweifel durch jeden Akt der Anerkennung das ganze Darlehen gebilligt haben wolle.

Desshalb ist endlich die von Justinian betonte Rückwirkung der *Ratihabition*

L. 7 pr. C. cit. quemadmodum si etc.

hier ebenso selbstverständlich als innerlich begründet.

V. Das aufgenommene Geld darf nicht in *rem patris* vertirt sein.

Dieser Satz, der als Regel aufgestellt ist in

L. 7. § 12 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edictum): *Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat Senatusconsultum.*

findet ausdrückliche Anwendung in den Quellen: auf Darlehen, verwendet zur Bestreitung der Lebensbedürfnisse des studiorum vel legationis causa abwesenden Haussohnes,

L. 7. § 13 h. t. L. 5. C. h. t. (Imp. Alexander A. Musae) vgl. mit L. 3. § 3, L. 20 pr. und L. 21 de in rem verso 15. 3.

(Ulp. l. c. und Scaevola lib. 1 Resp. und lib. 5 Dig.)

zur Zahlung von Schulden des Vaters,

L. 7. § 14 h. t. (vgl. dazu oben Z. 3 am Ende); dazu L. 10.

§ 10 de in rem verso 15. 3. (Ulp. l. c.)

überhaupt einer Seits: in necessarias causas filii,

L. 47. § 1 solut. 46. 3. (Marcianus lib. 4 Reg. mit Berufung auf Scaevola)

anderer Seits: in eam rem, quae patris oneribus incumbet.

L. 2 C. h. t. (Impp. Severus et Antoninus A. A. Sophiae).

Man ist indess zweifellos berechtigt, überall das Senatusconsult als ausgeschlossen zu betrachten, wo das aufgenommene Geld in einer Weise verwendet worden ist, dass eine actio de in rem verso gegen den Hausvater entsteht. Diess beweist einmal die Formulierung der Regel in L. 7. § 12 h. t.; weiterhin der Parallelismus in den das Senatusconsult und in den die actio de in rem verso betreffenden Entscheidungen (vgl. die oben herausgehobenen Stellen namentlich L. 47. § 1 solut.); ferner die Aufnahme einer Specialentscheidung, die bei Geldaufnahme behufs Dotirung der Schwester die actio de in rem verso ausschliesst, in den Titel ad S. C. Macedonianum;

L. 17 h. t. (Paulus lib. 2 Sententiarum) vgl. mit L. 7. § 5 bis L. 9 de in rem v. 15. 3. (Ulp. l. c.; Paulus lib. 30 ad Ed.; Javolenus lib. 12 ex Cassio).

endlich und namentlich der Inhalt einiger Detailsätze, die sich augenscheinlich zuerst für die actio de in rem verso ausgebildet haben, hier aber unbedenklich auf die Umgrenzung der S. C. Macedonianum angewendet werden. Hieher gehört die Bestimmung, dass unter Umständen — nämlich wenn die Geldaufnahme als solche eine Ersparniss für den Hausvater zur Folge gehabt hat — der nachträgliche Verlust des aufgenommenen Geldes bedeutungslos sei.

L. 47. § 1. solut. Sic et in filiofamilias putabat (Scaevola)

Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuum pecuniam acceperit et eam perdiderit

vgl. mit L. 3. § 10. und L. 17. pr. de in rem verso 15. 3.

(Ulp lib. 29. ad Ed.; Africanus lib. 8. Disp.)

dann der Satz, dass Vermehrung des Peculium durch das aufgenommene Darlehen letzteres nicht vollwirksam zu machen vermöge:

L. 9. § 3. h. t. .. nec interest consumpti sint numi, an extent in peculio.

vgl. mit L. 6. de in rem verso 15. 3. (Tryphoninus lib. 1. Disp.)

und endlich die Entscheidung, dass Gelder, welche das Hauskind aufnimmt, um seine dem Hausvater gegenüber bestehenden Schulden zu bezahlen, nicht in rem patris vertirt sind.

L. 7. § 12. h. t. Non tamen vertisse videbitur, si mutuum pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit et ideo, si pater ignoravit (vgl. hiez u Z. 4.), adhuc Senatus consulto locus erit.

vgl. mit L. 10. § 7. de in rem verso (Ulp lib. 29. ad Edictum).

Wenn dem so ist, so bedarf es einer näheren Untersuchung des Requisites nicht, kann vielmehr auf die Lehre von der actio de in rem verso (vgl. das dritte Buch) verwiesen und mag hier nur bemerkt werden, dass der so eben constatirte Ausgangspunkt dazu nöthigt, auch spätere versio für genügend zu erachten, weiterhin nur das fortdauernde versum (L. 10. § 6. sq. de in rem verso 15. 3.) in Betracht zu ziehen, endlich überhaupt das Darlehen nur bis zu dem Betrage des fortdauernden versum (L. 10. § 4. e. t.) als exceptionsfrei zu behandeln.

Fragt es sich endlich, wie die römische Jurisprudenz dazu kommt, ohne Anhaltspunkte im Senatusconsulte selbst die in rem patris vertirten Anlehen auszuscheiden, so weist

L. 7. § 12. h. t. verb.: patri enim, non sibi accepit. Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare S. C. lib. XII. Julianus ait, intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret.

die formelle Argumentation Julian - Ulpian und Allem nach auch der früheren Juristen klar nach: ein Darlehen, das in rem patris

vertirt wird, wird unter Anschluss an das Requisit der *datio* und nöthigenfalls unter Fiction der Absicht, nicht für sich sondern für den Hausvater das Geld in Empfang zu nehmen, als Darlehen des Hausvaters nachzuweisen versucht — so dass es also an der *mutua pecunia filiofamilias data* fehlen würde und aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des *Senatusconsultes* ausgeschlossen wäre. Der materielle Grund aber, der die Jurisprudenz zu solcher Argumentation bestimmt hat, liegt sicherlich darin, dass das *Senatusconsult* die Familien gegen den schädlichen Einfluss leichtsinniger Geldaufnahmen der Hauskinder schützen will; und eine Geldaufnahme, welche der Sachlage so angemessen ist, dass der Hausvater um der durch sie bewirkten Förderung seiner Angelegenheiten willen für die Restitution eintreten muss, unter solch' leichtsinnige und zu reprimirende Geldaufnahmen nicht gerechnet werden kann. Würde doch sonst das im Interesse der Familie und des Familienvermögens gegebene Verbot vielfach zu deren Schaden wirken.

§ 49. Die Wirkung des Verbotes (im Allgemeinen).

Das *Senatusconsult* verfügt in Beziehung auf die Geldaufnahmen, welche unter das von ihm gestellte Verbot fallen:

ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur.

weist also die Jurisdiktionsbehörden an, die klageweise Verfolgung der aus solchen Verträgen resultirenden Ansprüche nicht zu gestatten. Die Jurisdiktionsbehörden kommen zur Zeit des classischen Prozesses dieser Anweisung dadurch nach, dass sie entweder die Ertheilung einer Klagformel (*actio*) verweigern,

L. 1. § 1., L. 7. § 6. h. t. u. a. m.

oder in die Formel eine *exceptio* einfügen.

L. 7. pr., § 1., § 4. h. t. u. a. m.

Die Jurisprudenz aber nimmt an, dass jene *denegatio actionis* wie diese Einfügung der *exceptio* nur die *actio*, nicht auch die *obligatio* beseitige, also in beiden Fällen eine *naturalis obligatio* übrig bleibe.

L. 10. h. t. (Paulus lib. 30 ad Edictum) ... *quia naturalis obligatio manet.*

Denegatio actionis und Einfügung der exceptio unterscheiden sich nun lediglich äusserlich und in einer Beziehung, welche ausserhalb des Formularprozesses keine Bedeutung hat: insoferne der Jurisdictionsmagistrat, wenn ihm in jure schon die Subsumtion des der Klage zu Grunde liegenden Geschäftes unter das Senatusconsult feststeht, die Ertheilung der Formel verweigert, anderenfalls dagegen der Formel die exceptio inserirt ¹⁾.

arg. L. 9. pr. jurejurando 12. 2. (Ulp. lib. 22. ad Edict.)
 Exceptionsmässigkeit einer Seits und Existenz einer naturalis obligatio anderer Seits sind also die beiden Eigenthümlichkeiten des Rechtsverhältnisses, welches durch ein gegen das Senatusconsult verstossendes Darlehen begründet wird.

I. Die Exceptionsmässigkeit des Anspruches.
 Solche will besagen, dass zwar das der Geldaufnahme zu Grunde liegende Geschäft, das in der Regel ein Darlehensvertrag ist, als causa obligatoria anerkannt bleibt und als solche obligatio und actio hervorbringt, die verpflichtete Partei aber die Befugniss hat, die Zurückweisung des Anspruches und zwar hier nur des klageweise zu verfolgenden Anspruches (actio) zu verlangen ²⁾.

Fragt es sich, warum die Jurisprudenz das Geschäft, das doch gegen eine verbietende Rechtsnorm verstösst, nicht als nichtig behandelt, so liegt die nächste Antwort wohl im Inhalte des Senatusconsultes, das nicht ausspricht: es sei Niemanden erlaubt, Haussöhnen Geld credendi causa zu geben, sondern davon ausgeht, dass einem filius familias pecunia als mutua gegeben werden könne; und das nur anordnet, dass, wenn diess der Fall sei, keine actio petitioque gegeben werden solle, d. h. dass die Gerichtsbehörden in solchem Falle die gerichtliche (angriffsweise) Verfolgung des Anspruches nicht ge-

1) Keller, Civilprozess § 36; Bethmann-Hollweg, Civilprozess II. § 99. Note 44; Savigny, System V. 188 u. 189, vgl. auch Unterholzner I. S. 148. Note h; Dietzel a. a. O. S. 107; Schwanert, Naturalobl. S. 346; Dückers I. c. p. 35 u. 36.

2) Ueber die Frage, ob das mutuum filiofamilias datum von Vorneherein keine actio hervorbringt oder ob die actio durch denegatio beziehungsweise exceptio elidirt werden muss, vgl. Dückers I. c. p. 36 und die daselbst citirten Schriftsteller, namentlich Brinz, Pandekten I. 393 f., Sintonis, Civilrecht § 108. Note 40; Schwanert S. 346; die richtige Ansicht erhellt aus dem Texte.

statten sollen. Denn indem das *Senatusconsult* so verfügt, hat es den civilrechtlichen Satz, dass durch *mutuum dare* ein *dare oportere* des Empfängers begründet werde, ungeändert gelassen; der Prätor ist also genöthigt, soweit er das Verbot des *Senatusconsultes* durchführen will und diess nicht ohne Bestellung eines *judex* kann, die *Condemnation*, die in Folge des Begründetseins der *intentio* sonst unvermeidlich wäre, durch Einfügen einer *exceptio* zu verhindern ³⁾).

Fragt es sich dagegen, warum das *Senatusconsult* so und nicht anders bestimmt hat, so kann nicht ohne Weiteres daraus argumentirt werden, dass die *Senatusconsulte* direkte Aenderungen des Civilrechtes nicht zu bewirken vermocht haben, also auf Anweisungen an die Gerichtsobrigkeiten beschränkt gewesen seien. Denn wenn sie auch häufig auf die letztere Weise verfahren sind (vgl. z. B. L. 2. § 1. ad S.C. Vellej. 16. 1.; L. 1. § 2. ad S.C. Trebell. 36. 1.) und diess mit aus der Nachwirkung des früheren Verhältnisses des Senates zu den gesetzgebenden *Factoren* zu erklären sein mag: so hat doch in der Kaiserzeit das *Senatusconsult* in Wirklichkeit Gesetzeskraft (Gajus I. 4.) und nehmen einzelne *Senatusconsulte* keinen Anstand, direkt die Nichtigkeit civilrechtlich gültiger Geschäfte zu statuiren (vgl. z. B. L. 52. contrah. emt. 18. 1.; L. 16. sponsal. 23. 2. u. s. f.).

Auch darauf kann nicht abgestellt werden, dass das *Senatusconsult* die Ausbildung des Begriffes des verwerflichen *credere* den Magistraten habe überlassen wollen ⁴⁾. Praxis und Theorie haben allerdings, wie sich aus dem vorigen § — vgl. namentlich III. IV. V. — zur Genüge ergibt, die Voraussetzungen der *exceptio S.Ci. Macedoniani* nach mehreren Richtungen hin festgestellt und hiemit

3) Den Wortlaut des *Senatus-Consultes* betont mit Recht Dietzel a. a. O. S. 102 f.

4) Krüger, *Prozessualische Consumtion* S. 23 fl., namentlich S. 26 und dazu die eingehenden Erörterungen in der *Z. f. R.Geschichte* VII. S. 219—231. Der hauptsächlichste Grund, der letztere nicht zu einem richtigen Resultate kommen lässt, möchte darin liegen, dass der Unterschied nicht erkannt wird, der zwischen der faktischen Möglichkeit, dem Richter eine für das Bestehen des Klagerechtes massgebende Thatsache nicht kund werden zu lassen, und der rechtlichen Befugniß, von einer Einrede keinen Gebrauch zu machen, besteht (vgl. auch Brinz I. 131).

das Senatusconsult selbst und den Begriff des *filiofamilias mutuum pecuniam dare* umgrenzt: aber nirgends lässt sich erkennen, dass die Jurisprudenz hiebei in einem anderen Verhältnisse zu dem Senatusconsulte, als zu anderen gesetzlichen Normen zu stehen und auf Grund ausserordentlicher Ermächtigung zu operiren glaubt. Im Gegentheile zeigen Argumentationen, wie sie z. B. in L. 7. § 12. h. t. von Ulpian benützt beziehungsweise aus Julian referirt werden, dass die Jurisprudenz für ihre Schlüsse aus dem zu Grundliegenden Principe möglichst Unterstützung in dem Wortlaute des Senatusconsultes sucht.

Wenn weiterhin zur Erklärung der exceptionsweisen Ungültigkeit darauf hingewiesen wird, dass nicht jedes Darlehen an einen Haussohn und nicht bloß Darlehen unter das Verbot fallen ⁵⁾, so lässt sich nicht absehen, warum die grössere Schwierigkeit der Begrenzung eines Rechtssatzes dessen Anwendbarkeit von der Anrufung der betheiligten Personen abhängig und hiemit zu dessen Durchführung den Weg der Exception nothwendig machen sollte.

Vielmehr ist der wahrscheinliche Grund darin zu suchen, dass die Nichtigkeit des Geschäftes mit ihrer dem Willen der Parteien entzogenen Wirksamkeit die Intention des Senates überschossen hätte: der Senat will, dass das gewesene Hauskind auch nach dem Tode des Hausvaters, beziehungsweise dass der Hausvater nicht zur Zahlung soll angehalten werden können, dass also insoferne die *incerta nomina* durch den Tod des Vaters nicht zu *bona nomina* werden: aber er will das gewesene Hauskind sowie dessen Hausvater nicht verhindern, sich als Schuldner zu betrachten, belangen zu lassen, und schliesslich zu bezahlen. Jene Absicht wird vollständig erreicht, wenn dem Hauskinde — und etwa den anderen Personen, die belangt werden könnten — die Befugniss eingeräumt wird, die Zurückweisung der Klage zu verlangen, also durch Einräumung eines Exceptionsrechtes: während die Nichtigkeit des Geschäftes den *judex*, sobald ihm die Haussohnqualität des Beklagten bekannt geworden, ohne alle Rücksicht auf den Willen desselben zur Zurückweisung der Klage nöthigen würde. Gegen diese Erklärung liesse sich wohl nur dann eine stichhaltige Einwendung erheben,

5) Schwanert a. a. O. S. 345.

wenn entweder die *denegatio actionis* oder die Einfügung der *exceptio* oder Beides nicht bloß auf Verlangen der Beteiligten sondern auch von Amtswegen zu erfolgen gehabt hätte. Allein daß die *exceptiones* im Allgemeinen nicht ohne Verlangen des Beklagten in die Formel inserirt worden sind, kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen⁶⁾, und wird speciell in Beziehung auf die *exceptio S.Ci. Macedoniani* bekräftigt durch die principielle Aufstellung und Beantwortung der Frage:

cui exceptionem det (Senatus)? (L. 7. § 10. h. t.)

— während die Annahme⁷⁾, daß der Zweck des *Senatusconsultes* eine Ausnahme gerade für die *exceptio S.Ci. Macedoniani* begründe, nicht richtig ist. Denn der Hausvater ist dadurch, daß er selbst in seiner Person die Einrede ebenfalls hat und daß die Einrede auch der *actio judicati* entgegengehalten werden kann (vgl. hierüber § 50. I. 2., III. 3.), so ausreichend geschützt als durch ein *ex officio* erfolgreiches Vorgehen des Prätors. Die *denegatio actionis* aber, die allerdings dem ersten Anscheine nach auf ein Vorgehen von Amtswegen hinzuweisen scheint, kann materiell nicht von der Verleihung der Einrede verschieden sein: sonst wäre sie nicht hier wie in anderen Lehren *promiscue* mit solcher und ohne alle Hinweisung auf einen materiellen Unterschied erwähnt.

Welches übrigens auch der Grund für diese Behandlungsweise sein mag: jedenfalls steht fest, daß die Folge des Verstosses gegen das *Senatusconsult* nicht die Nichtigkeit des Geschäftes, auch nicht der Mangel jeder *actio* für die aus dem Geschäft resultirende Obligation, sondern die mit der Entstehung der Obligation gleichzeitige Entstehung einer *exceptio* ist d. h. die Entstehung der Befugniß des Haussohnes, des Hausvaters und etlicher anderer Personen, die Durchführung des aus dem Geschäft resultirenden Anspruches zu verhindern — und zwar einer *exceptio*, die in Folge der oben constatirten Anerkennung einer bleibenden *Obligatio naturalis* nur bestimmte

6) Keller a. a. O. S. 130 fl., nam. S. 145; Bethmann-Hollweg S. 383 fl., namentlich S. 390. Note 36.

7) Sintenis, Erläuterungen I. 401 fl.; Civilrecht II. § 108. Note 40. a. M. Glück, Commentar XIV. 416, Dückers l. c. p. 43—45 — in welcher letzteren Schriften auch die anderweite Literatur verzeichnet ist.

Arten der Durchführung des Anspruches zu verhindern im Stande ist⁸⁾.

II. Die *Obligatio naturalis*.

Warum das *mutuum contra Senatusconsultum factum* eine Obligation erzeugt, die in ihren naturalen Bestandtheilen, als *obligatio naturalis*, durch die Einrede nicht beseitigt wird, scheint sich aus dem unmittelbaren Inhalte des *Senatusconsultes* zu erklären⁹⁾. Das Darlehen an den Haussohn hatte bis zu der Erlassung des *Senatusconsultes* eine vollwirksame, auf naturaler Grundlage ruhende Obligation erzeugt. Indem nun das *Senatusconsult* verfügt:

Ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur.

wird nur eine der mit dem Forderungsrechte verbundenen Befugnisse, die Klagebefugniß, beseitigt und bleiben die übrigen Wirkungen einer nicht in der *actio* aufgehenden Obligation bestehen.

Indessen so stringent auch diese Folgerung dem ersten Anscheine nach ist, so ist sie doch nicht ausreichend: denn in ähnlicher Weise ist in dem *Senatusconsultum Vellejanum* ausgesprochen:

ne eo nomine ab his petitio (sit) neve in eas actio detur (L. 2. § 1. ad S.C. Vellejanum 16. 1.)

8) Ueber die Formulirung der *exceptio Rudorff*, Ed. perp. p. 243, vgl. mit 117. Die von Rudorff vertretene regelmässige Fassung »si in ea re nihil contra *Senatus consultum Macedonianum factum est*« hat innere Wahrscheinlichkeit und manche Analogien für sich. Vgl. namentlich auch L. 3 exc. 44. 1. Ueberdiess möchte für solche die technische Bezeichnung *exceptio Senatusconsulti* oder *S.Ci Macedoniani* sprechen (L. 7. § 14, L. 9 pr., L. 11, L. 19 h. t.; L. 4. § 14 doli exc. 44. 4 u. s. f.), ebenso der Gegensatz dieser *exceptio* zu der *exceptio in factum* in L. 20 h. t., und endlich das Vorkommen beziehungsweise die Nothwendigkeit einer *replica doli* gegen die *exceptio* (L. 4. § 14 cit.).

9) Ueber die aus dem *mutuum contra Senatusconsultum factum* resultirende *naturalis obligatio* sind vorzugsweise zu vergleichen: Büchel, civilrechtliche Erörterungen II. 103 f.; Schwanert, die *Naturalobl.* S. 341 f.; Dietzel a. a. O. S. 138—150; Machelard, Des obl. nat. p. 109 f.; Dückers l. c. p. 56 sq. Uebrigens berühren alle Arbeiten über *Naturalobligationen* die *obl. ex mutuo filiofamilias* vgl. desshalb die in § 20 in Note 4 und 5 citirten Schriften.

und doch wird neben der exceptio Senatusconsulti Vellejani keine Obligatio naturalis anerkannt.

L. 40. pr. cond. ind. 12. 6. (Marcianus lib. 3. Regul.)

Es liesse sich daran denken, den Unterschied daraus zu erklären, dass das letzt angeführte Senatusconsult einen altherkömmlichen, wenn auch neuerdings zweifelhaft gewordenen Satz vorfindet, der die in Frage stehenden Geschäfte der Frauen oder wenigstens einen Theil derselben für unverbindlich erklärt ¹⁰⁾.

tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine...

Oder aber daraus, dass das vellejanische Senatusconsult generell ausspricht:

cum eas (feminas) virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum

und auch in der schliesslichen Weisung sich nicht auf den Ausschluss der actio petitioque beschränkt, sondern allgemein verfügt:

arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.

d. h. also daraus, dass es direkt die Unverbindlichkeit des Aktes ausspricht, diess als Forderung der Billigkeit aufführt, und die Thätigkeit der Behörden keineswegs auf die denegatio actionis beschränkt.

Allein die römische Jurisprudenz recurriert auf diese Unterschiede nicht, sondern versucht die Verschiedenheit in den Wirkungen aus der verschiedenen Tendenz der beiden Senatusconsulte zu erklären. Sie betont nämlich wiederholt: dass das eine Senatusconsult (S.C. Vellejanum) gegeben sei:

ejus causa, cum quo agitur

das andere (S.C. Macedonianum):

in odium ejus cui debetur und: ob poenam creditoris

L. 40. pr. cond. ind. 12. 6. (Marcianus lib. 3. Regul.);

vgl. ausserdem L. 9. § 4. S.C. Maced. (Ulp. lib. 29. ad Edictum) und die schon von Pomponius herrührende

L. 19. pr. cond. ind. 12. 6.

und will hieraus direkt die Zulassung beziehungsweise den Aus-

¹⁰⁾ Bachofen, Ausgewählte Lehren S. 4 f., vgl. auch Rudorff, röm. Rechtsgeschichte I. 122.

schluss der *condictio indebiti*, in einer Stelle (L. 19. cit.) unmittelbar das Uebrigbleiben einer *naturalis obligatio* ableiten.

Ausgangspunkt und Folgerung sind unanfechtbar, sobald sie richtig verstanden werden. Allerdings handelt es sich bei dem macedonianischen *Senatusconsulte* schliesslich darum, die Familie und ihren geordneten Bestand gegen die Verschwendung der Hauskinder zu schützen, wie bei dem vellejanischen *Senatusconsulte* um den Schutz der Frauen gegen die Folgen ihrer *animi levitas*. Allein das macedonianische *Senatusconsult* glaubt den von ihm angestrebten Schutz ausreichend dadurch zu gewähren, dass es Dritte von dem Creditiren an Haussöhne abhält, richtet seine Bestimmungen also gegen die *foeneratores*; das S.C. *Vellejanum* dagegen fasst direkt die *intercedirenden* Frauenspersonen ins Auge und sucht ihnen das *Intercediren* unmöglich zu machen. Ersterer Zweck scheint selbstverständlich erreicht, wenn dem Gläubiger das Mittel, um den Schuldner zur Zurückzahlung zu zwingen, entzogen, und hiemit die Rückzahlung von dem guten Willen des Schuldners, beziehungsweise seines Hausvaters abhängig, das *nomen* dauernd zu einem *nomen incertum* gemacht wird: weiter als auf Entziehung der *actio* und *petitio* führt also diese nächste Tendenz des *Senatusconsultes* nicht. Das S.C. *Vellejanum* dagegen kann nicht durch Versagung der Klagemittel vorgehen, da es sich an die *intercedirenden* Frauenspersonen wendet, und hat, wenn es einmal den Schutz der letzteren direkt ins Auge fasst, keinen ausreichenden Grund, diesen Schutz nur bis zu der irrthümlich erfolgten Zahlung, nicht auch gegen solche zu gewähren ¹¹⁾.

Ist hiemit die in den Quellen enthaltene Begründung gerecht-

11) Wenn in der neueren Literatur die Betonung des Gegensatzes zwischen *exceptiones*, quae in favorem debitoris und quae in odium creditoris datae sunt, energisch zurückgewiesen wird: so wendet sich diese Ablehnung der quellenmässigen Begründung doch mehr gegen die Allgemeinheit des Satzes, als gegen dessen Verwendbarkeit in dem hier vorliegenden Falle. vgl. auch Savigny, *Obligationenrecht* I. 119 f.; Bekker, im *Jahrb.* IV. 399; Schwannert a. a. O. S. 350 f.; von Scheurl, in *Jherings Jahrb.* VII. 340 f. 353; Dückers l. c. p. 69. Und wenn die ältere Literatur im Gegentheile keinen Anstand an der Regel nimmt, weiss sie doch nicht selten kein anderes Anwendungsgebiet für die Regel zu finden, als den Gegensatz zwischen *exceptio S.Ci Macedoniani* und *exceptio S.C. Vellejani*, vgl. namentlich Donellus, *Comm.* XIV. c. 12 (*Op. Omn.* III. 1102 f.).

fertigt: so will doch nicht in Abrede gezogen werden, dass die Jurisprudenz zu dieser scharfen Betonung der Adressirung und des nächsten Zweckes des Verbotes möglicher Weise durch allgemeinere in der Lehre von den Naturalobligationen zu suchende Gründe bewogen worden sein kann, oder dass die Begründung, wie sie in den obigen Stellen hervortritt, zu einer fertigen Thatsache, in der sich das Uebrigbleiben einer Naturalobligation ausgesprochen hat, hinzugekommen ist.

Letztere Annahme hat einen Anhaltspunkt darin, dass nach Auskunft von

L. 9. § 4. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edict.)

noch zu Hadrians Zeiten der Ausschluss der *condictio indebiti* Seitens der zahlenden Bürgen eines *Rescriptes* bedarf, und dass die Jurisprudenz in der Vertheidigung dieses *Rescriptes* nicht darauf verweist, dass ja nur die Klagbarkeit entzogen und jede sonstige Wirkung belassen worden sei, sondern darauf, dass der zahlende *filiusfamilias* der *exceptio* unerachtet nicht *condiziren* könne. Dieser Ausschluss der *condictio* wird nun freilich gerade mit der oben betonten Unterscheidung in Zusammenhang gebracht:

et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt,
qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam
exonerare eos lex voluit.

Es liegt aber die Annahme nicht ferne, dass er nicht einen theoretischen, sondern einen pragmatischen Grund hat. Will einmal das *Senatusconsult*, dass die freiwillige Heimzahlung des Darlehens möglich sein solle — und diess muss es im Interesse des nothwendigen und gerechtfertigten *Credites* der Hauskinder wollen — so reicht dem *filiusfamilias* gegenüber die allgemeine Regel nicht aus, dass die wissentlich gemachte Zahlung eines *indebitum* nicht zurückgefordert werden könne;

L. 1. § 1., L. 24., L. 26. § 2. und 3. *cond. ind.* 12. 6. u. a. m. denn diese wissentliche Zahlung einer Nichtschuld fällt unter den Titel der Schenkung,

L. 53. R. J. 50. 17.; L. 7. § 2. *pro emt.* 41. 4. u. a. m. und zu Schenkungen ist auch derjenige *filiusfamilias*, der sein *Peculium* in libera administratio hat, nicht befugt.

L. 7. *pr. don.* 39. 5. u. a. m.

Sollte also eine solche Zahlung *ex peculio* gültig sein und bleiben, so ist diess nur möglich, wenn sie als Zahlung einer Schuld aufgefasst werden kann d. h. wenn aus dem *mutuum contra Senatusconsultum factum* ein *debitum naturale* abgeleitet wird. (vgl. hiezu auch unten im § 51. I. Z. 2.)

Dass ferner ein allgemeiner, für die Entstehung der Naturalobligationen überhaupt massgebender Gedanke auch hier der tiefste Grund der Annahme der *naturalis obligatio* sei, ist nicht unmöglich, liegt aber keineswegs irgend klar vor: wäre es auch nur deswegen, weil sich ein einheitlicher Grund für die Ausbildung der Naturalobligationen überhaupt nicht auffinden lässt. Zwar stellen die Quellen selbst den Gegensatz zwischen den *exceptiones in favorem debitoris* und in *odium creditoris datae* dar, wie wenn er zu einer allgemeinen Eintheilung der *Exceptiones* geeignet und folgeweise wenigstens für die eine Kategorie der Naturalobligation massgebend wäre; allein es ist kaum zweifelhaft, dass jener Satz sich gerade an dem Gegensatze der auch zeitlich naheliegenden zwei *Senatusconsulte* ausgebildet hat und, wenn auch vielleicht nicht auf solche beschränkt geblieben, doch nicht zur massgebenden Regel geworden ist ¹²⁾.

Die Savigny'sche Hinweisung auf den Gegensatz zwischen *jus civile* und *jus gentium* ¹³⁾ ferner ist schon an anderem Orte, soweit sie eine allgemeine Regel fundiren soll, für unzureichend erklärt worden: hier speziell würde sie zwar für das macedonianische *Senatusconsult*, aber nicht für die *exceptio S.C. Vellejani* zutreffen.

Mehr innere Wahrscheinlichkeit hat die Annahme von Brinz ¹⁴⁾, dass die Begründung des Darlehens durch Uebertragung von Werthen aus dem Vermögen des Darleihers in das des Empfängers die Restitution als eine Sache der Billigkeit erscheinen lasse, und in

12) Savigny, System V. 375 fl. vgl. im Uebrigen über die Anerkennung, Anfechtung und Begrenzung des Satzes: Windscheid, Pandekten § 289. Note 22, dazu Dückers l. c. p. 69.

13) Savigny, Obligationenrecht I. 113 f. vgl. mit S. 77 fl., an welchem letzterem Orte übrigens auch auf den Zweck und Inhalt des *Senatus-Consultes* recurriert wird; vgl. über die weitere Literatur den § 20. Note 4.

14) Brinz, Krit. Blätter III. S. 47. Denselben Umstand betont nun in anderem Zusammenhange und mit anderer Begründung Dietzel a. a. O. S. 138 fl.; vgl. gegen letzteren Schwanert a. a. O. S. 348. Note 28.

dieser Billigkeit die Existenz der Naturalobligation ihren Grund habe (oder wenigstens ein unterstützendes Moment finde) — aber zur Ueberzeugung will diese Wahrscheinlichkeit doch nicht werden. Denn es möchte fast scheinen, als ob dieser Gesichtspunkt dahin hätte führen müssen, eine Naturalschuld nur bis zu demjenigen Betrage anzuerkennen, der sich noch bei dem Haussohne vorfindet — während doch das römische Recht, wie es bezüglich des noch vorhandenen Werthes die Darlehensklage ausschliesst, auch über diesen Werth hinaus eine Naturalobligation anerkennt.

Nach Erledigung dieser principiellen Fragen sollen die zwei nächsten Paragraphen die Wirkungen des gegen das Senatusconsult verstossenden Darlehens, und zwar zunächst die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani*, und dann die mit der *naturalis obligatio* zusammenhängenden Wirkungen darstellen.

§ 50. Die Wirkungen des Verbotes (die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani*).

Die Voraussetzungen und Wirkungen der *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* ¹⁾ sind im Allgemeinen in den vorhergehenden Paragraphen entwickelt.

Im Einzelnen fragt es sich:

I. Wer ist berechtigt, die Einrede vorzuschützen?

1) der Haussohn und zwar sowohl während Dauer als nach Lösung der Gewalt.

Letzteres ist zweifellos, da das Senatusconsult gerade den Fall der Klagerhebung *post mortem patris in's Auge fasst*,

L. 1 *pr. h. t.*; *Paulus rec. sent. II. 10*

und die Jurisprudenz ausdrücklich die Art der Lösung der Gewalt für gleichgültig erklärt.

L. 7. § 5 *h. t.*

Aber auch die Befugniss zum Gebrauche der Einrede während

1) *Donellus XII. c. 25, 28 (Op. Omn. III. p. 673 sq. p. 709 sq.)*; Glück a. a. O. S. 312 fl., 320 fl., 342 fl.; *Dietzel a. a. O. S. 102—136*; *Dückers l. c. p. 36—55, p. 134 sq.*; *Seydel a. a. O. S. 30—36*; *Ryck a. a. O. S. 102 und 103.*

Dauer der Gewalt, die nach dem Wortlaute und der Motivirung des *Senatusconsultes*

vgl. namentlich den begründenden Satz: *ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata morte patris fieri.*

sowie nach der paulinischen Stelle bezweifelt werden könnte, steht nach anderen Stellen ausser Zweifel

§ 7 J. *quod cum eo 4. 7: . . denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve nepotem neptemve: sive adhuc in potestate sunt sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse coeperint.*

L. 7. § 4, L. 11 h. t.

— ohne dass übrigens die Möglichkeit einer späteren Subsumtion dieses letzteren Falles unter das *Senatusconsult* ausgeschlossen wäre.

2) der Hausvater, ebenfalls sowohl während der Dauer als nach Lösung der Gewalt;

§ 7. J. h. t.; L. 7. § 10, L. 9. § 3 h. t. (Ulp. l. c.); L. 6 pr. C. h. t. (Imp. Philippus A. et Philippus C. Theopompo)

übrigens natürlich nur, soweit er einmal als Hausvater *ex negotiis filii* belangt werden kann, und soweit weiterhin die Gründe, welche seine Haftbarkeit bewirken, nicht die Anwendbarkeit des *Senatusconsultes* ausschliessen, vgl. hierüber unten III. 2.

3) die *Intercedenten*.

Diess hebt die

L. 7 exc. 44. 1 (Paulus lib. 3 ad Plautium)

hervor, indem sie die exc. S.C. *Macedoniani* mit einer grossen Anzahl anderer Einreden den exc. *rei cohaerentes* zuzählt und den exc. *quae personae cohaerent* entgegenhält.

a) Als *Intercedenten* werden genannt: die Bürgen,

L. 7 pr. und § 1, L. 9. § 3 h. t. (Ulp. l. c.); L. 7. § 1 except. 44. 1.

die *Mandatoren*,

L. 9. § 3 h. t. und L. 12. § 13 mand. 17. 1. (Ulp. lib. 31 ad Edictum)

die *Verpfänder*.

L. 2 quae res pignori 20. 3. (Gajus lib. sing. de form. hypoth.)

Es wird indess keinem Anstande unterliegen, die andern eigentlichen Intercedenten, wie namentlich die Constituenten, den ausdrücklich genannten gleichzustellen.

Weiter wird unter der Voraussetzung der *fraus contra Senatusconsultum* genannt derjenige Schuldner, der zwar dem äussern Anscheine nach Prinzipal- oder Correalschuldner, in Wirklichkeit aber Intercedent für den Haussohn ist.

L. 7 pr. und § 1 h. t.

Auch diese Bestimmung aber findet Anwendung auf andere Personen, die durch uneigentliche (verdeckte) Intercessionsgeschäfte in fraudem Senatusconsulti statt des Hauskindes oder neben solchem Schuldner geworden sind, wie namentlich auf die *Expromissores* ²⁾.

arg. L. 2. § 5, L. 8. § 14 ad S.C. Vellej. 16. 1 u. a. m.

Hiebei kann zweifelhaft sein, wann eine *fraus contra Senatusconsultum* vorliegt, namentlich ob die Absicht der Umgehung des Verbotes bei den Interessenten, vor Allem bei dem Gläubiger, vorhanden sein muss. Sie ist wohl dahin zu beantworten, dass jene Voraussetzung schon dann zutrifft, wenn die Verpflichtung des Dritten materiell Intercession und dieses Verhältniss dem Gläubiger bekannt ist. Wenigstens nöthigt die Ausdrucksweise von L. 7 pr. und § 1 h. t. nicht zu anderer Ansicht — denn in den hier genannten Fällen ist die angenommene Behandlungsweise kaum anders zu erklären, als aus der Absicht der Umgehung des Verbotes —; die inneren Gründe aber sprechen für die getroffene Entscheidung.

b) Alle diese Intercedenten haben die Einrede nicht unter allen Umständen, sondern nur, wenn sie im Falle der Zahlung an den Haussohn oder Hausvater ihren Regress nehmen könnten. Diess ist zwar nur in

L. 9. § 3 h. t. v. qui et ipsi mandati habent regressum . . . ; tunc enim, cum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit

und nur für Fidejussoren und Mandatoren ausgesprochen; lässt sich aber um so unbedenklicher auf die anderen Kategorien von Intercedenten übertragen, je bestimmter in den anderen Stellen auf die

2) Schwanert, Naturalobl. S. 359, Römer, bedingte Novation S. 70.

Behandlung der fidejussio verwiesen und an solche angeknüpft ist (L. 7. § 1 h. t., L. 2 quae res pign. 20. 3).

Hier ist also wenigstens im Sinne der Compilation diejenige Ansicht massgebend geworden, die bezüglich der exceptio Senatus-consulti Vellejani von Cassius aufgestellt, und auf die Auctorität von Julian hin verworfen worden ist;

L. 16. § 1 ad S.C. Vellej. 16. 1. (Julianus lib. 4 ad Urseium Ferozem)

hiemit aber dargethan, dass die exceptio S.C. Macedoniani den Bürgen nicht um der Correalität oder um der Accessorietät der Bürgschaftsschuld willen, sondern lediglich desswegen und so weit zusteht, weil und soweit der Schutz des Hausvaters und Hauskindes diess verlangt.

Fragt es sich weiterhin, warum für die exceptio S.C. Macedoniani diese und für die exceptio S.C. Vellejani die entgegengesetzte Auffassung schliesslich massgebend geworden ist, so scheint eine direkte Antwort enthalten zu sein in

L. 16. § 1 cit. und zwar in den Worten: quia totam obligationem Senatus improbat.

Aber diese Worte wollen nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, darauf verweisen, dass das Vellejanische Senatusconsult keine Naturalobligation ³⁾ übriglasse — diess ist mit den folgenden Worten et a Praetore restituitur prior debitor creditori

nicht verträglich —, sondern sie besagen: dass das Senatusconsult das ganze durch die Intercession begründete Rechtsverhältniss, also auch die sich anschliessenden Bürgschaften beseitigt wissen wolle. Sie geben also in Beziehung auf das Senatuscons. Macedonianum nur den Rath, auf die Tragweite des Senatusconsultes zu recurriren,

3) Die im Texte angeführten Worte der L. 16. § 1 ad S.C. Vellej. werden regelmässig dahin verstanden, dass mit solchen das Uebrigbleiben einer Naturalobligation verneint werden wolle: vgl. z. B. Cujacius, Op. Omn. VI. 498; dann Vangerow Anm. 2 zu § 578. II. 2. b. Girtanner, Bürgschaft S. 44; Dietzel a. a. O. S. 112 f. Doch finden sich auch andere Auslegungen: so versteht Glück XV. S. 54. Note 25 nach dem Vorgange von A. Faber tota obligatio von dem ganzen Rechtsverhältnisse, einschliesslich der Bürgschaftsverbindlichkeit (vgl. auch Gothofredus ad h. t.); sieht Bekker, Klagencons. S. 201 in den Worten eine Hinweisung darauf, dass die mandati obligatio aus anderen Gründen als wegen des donandi animus d. h. wohl wegen Ungiltigkeit des Mandats ausgeschlossen sei u. s. f.

d. h. auf dessen Sinn und Absicht, welche die Tragweite begrenzen. Von diesem Ausgangspunkte aus aber ist die für die exceptio S.C. Macedoniani getroffene Entscheidung durchaus gerechtfertigt: denn das Verbot dieses Senatusconsultes bezweckt nur den Schutz des Hauskindes und des Hausvaters.

Indessen würde diese pragmatische Rechtfertigung der Differenz zwischen den exceptiones S.C. Vellejani und Macedoniani nicht hindern, solche daneben noch auf eine Differenz in den rechtlichen Grundlagen zurückzuführen: wenn eine derartige Differenz aus andern Gründen darzuthun wäre. Allein, wenn die L. 16. § 1 ad S.C. Vellej. 16. 1 wie oben verstanden wird, fehlt es an ausreichenden Anhaltspunkten für die gewöhnliche Annahme, dass die beschränkte Vorschützbarkeit der exc. S.C. Macedoniani in der Fortdauer der Naturalobligation, die unbeschränkte Vorschützbarkeit der exc. S.C. Vellejani in der völligen Aufhebung der Obligation ihren Grund habe. Denn abgesehen von jener Stelle ergibt der Inhalt der Quellen, ergibt namentlich der generelle Ausspruch des

§ 4. J. replic. 4. 14: *Exceptiones . . quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus: et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis, quod hi pro eo solverint.*

und die ganz übereinstimmende Entscheidung bezüglich der exceptio pacti in

L. 21. § 5. pact. 2. 14. (Paulus lib. 3 ad Edict.) . . et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur interfuit. Itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiat. vgl. auch L. 32 e. t. (Paulus lib. 3 ad Plantium) . . fidejussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori.

dass dieselbe Beschränkung der Vorschützbarkeit, wie sie bei der exc. S.C. Macedoniani statuiert ist, auch bei den anderen exceptiones rei cohaerentes gilt, namentlich auch bei solchen, welche keine Naturalobligation übrig lassen; und dass diese Beschränkung

wenigstens bei der eigentlichen Bürgschaft nur soweit nicht zutrifft, als die Grundsätze über die Wirkung der in der Person des einen Correaten zutreffenden Obligationenaufhebungsgründe auf die ausnahmslose Anwendbarkeit dieser oder jener die obligatio ganz beseitigenden Einrede führen.

L. 60 fidej. 46. 1 (Scaevola lib. 1 Resp.).

L. 28. § 2 jurej. 12. 2 (Paulus lib. 18 ad Edict.).

Will also von der Argumentation aus dem Inhalte und Zwecke des Senatusconsultes abgesehen werden, so ergibt sich als Resultat: dass die Entscheidung bezüglich der exceptio S.C. Macedoniani eine consequente Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, die bezüglich der exceptio Senatusconsulti Vellejani getroffene Bestimmung dagegen eine Singularität ist ⁴⁾.

c) Wenn die Intercedenten den Regress an Hauskind oder

4) Es ist nicht unmöglich und unwahrscheinlich, dass verschiedene Ansichten über die Einreden der Bürgen aus der Person des Hauptschuldners neben einander beziehungsweise nach einander bestanden haben — möglich, dass auf der einen Seite die Sabinianer (L. 16. § 1 ad SC. Vellej.), auf der anderen Seite die Proculenianer (L. 14. § 6 quod met. c. 4. 2) standen; dass dann eine vermittelnde und unterscheidende Aufstellung von Julian und seinen Zeitgenossen versucht wurde (L. 16. § 1 cit.; L. 60 fidej.); und dass hierauf wieder, namentlich durch Paulus, auf das sabinianische Princip zurückgegriffen worden ist (vgl. die im Texte cit. Stellen namentlich »placuit« in L. 32 cit.): allein irgend eine Sicherheit für die Annahme dieses Entwicklungsganges liegt nicht vor. Ebenso ist möglich, dass auch für die letzte Zeit des classischen Rechtes die L. 21. § 5 und die L. 32 pactis nicht die Regel, sondern eine Ausnahme enthalten, und erst durch § 4 J. cit. zu Zeugnissen für die Regel geworden sind: aber auch diess ist nicht mehr als Vermuthung. Im Uebrigen sind über die allgemeinere im Texte berührte Frage zu vergleichen: Bekker, Klagenconsumtion S. 199 ff., der die Regressberechtigung allgemein für bedeutungslos erklärt; Vangerow, Pand. Anm. 2 zu § 578. II. 2, welcher das Regressverhältniss nur für diejenigen Exceptionen als massgebend anerkennt, die eine obligatio naturalis übrig lassen; Windscheid, Pand. § 477 nam. bei Note 7—9, 14—18, 20 und Dernburg, Compens. (2. Aufl.) S. 451 (etwas anders Pfandrecht I. 500 f.), die diesen Einreden noch die exceptiones personae cohaerentes zufügen; Girtanner, die Bürgschaft S. 41 f. 384, 513 f., welcher ausserdem als vom Regressverhältnisse abhängig darstellt diejenigen die obligatio civilis vernichtenden Einreden, welche nach der Eingehung der Bürgschaft entstanden sind; Sintenis, Civilrecht § 729 bei und in Note 49, welcher, allerdings nur für das heutige Recht, die Voraussetzung des Regresses auf alle exceptiones rei cohaerentes bezieht, vgl. auch die kritischen Bemerkungen von Dietzel a. a. O. S. 111 f.

Hausvater haben, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen und hier nicht auseinanderzusetzen. Doch mag hervorgehoben werden: einmal dass, wenigstens bei den eigentlichen Intercessionsgeschäften, die Regressberechtigung (Gajus III. 127 und a. a. O.) die Regel bildet — woraus sich erklärt, dass den fidejussores in einer grossen Anzahl von Stellen die *exceptiones rei cohaerentes* anscheinend unbeschränkt gegeben werden;

vgl. z. B. L. 7. § 1 except. 44. 1 (Paulus lib. 3 ad Plant.)

L. 19 e. t. (Marcianus lib. 13. Inst.) u. a. m.

dann dass der *animus donandi* des Intercedenten ausdrücklich als ein Grund aufgeführt wird, der das Regressrecht ausschliesse ⁵⁾;

L. 9. § 3 h. t.

weiterhin dass der Intercedent bei der Intercession dem Gläubiger gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend auf die Geltendmachung der *exceptio* verzichten kann, in solchem Falle aber auch in Folge des freiwilligen Verzichtes auf das Schutzmittel keinen Regress an den Hauptschuldner und seinen Hausvater nehmen kann, und dass jene Voraussetzung namentlich dann vorliegt, wenn nachweisbarermassen intercedirt worden ist, um gegen das *Senatusconsult* zu schützen;

L. 12. § 13 *mandati* 17. 1 (Ulp. lib. 31 ad Edict.): .. si ... intercesserit qui diceret, non accipere contra *Senatusconsultum*, et »periculo meo crede«, dicat, »bene credis«: arbitror, locum esse mandato et *mandati eum teneri* vgl. einer Seits mit L. 9. § 3 h. t., anderer Seits mit L. 29 pr. *mand.* 17. 1; L. 13 pr. *min.* 4. 4. (Ulp. lib. 7. *Disp.* und lib. 11. ad Edict.) u. a. St.

endlich dass die Bekanntschaft des Intercedenten mit der Haussohnqualität des Hauptschuldners und dem Verstosse des Geschäftes gegen das Verbot des *Senatusconsultes* weder Verzicht noch *animus donandi*, also auch nicht den Ausschluss der Einrede in sich schliesst.

L. 7 pr. § 1 h. t.

Wenn der erste dieser Sätze aus dem doppelten Grunde bestritten wird, dass einmal das Mandat des Haussohnes an den Bürgen als *mandatum illicitum* ungültig sei, und dass weiterhin von

5) Bekker a. a. O. weist mit Unrecht und gegen die Quellen dem *animus donandi* eine selbstständige Bedeutung zu vgl. dagegen Dietzel a. a. O. S. 113.

einer nützlichen, zum Regresse berechtigenden gestio hier ohnediess nicht die Rede sein könne: so widerlegt sich der erste Grund gerade durch die Fragmente, welche den Bürgen die exceptio geben und den Ausschluss des Regresses als eine Ausnahme, namentlich eintretend im Falle des animus donandi, darstellen.

vgl. namentlich die L. 9. § 3 h. t.

Der zweite aber entbehrt jeden Haltes, da der Haussohn allerdings negotia haben kann, die eine Geldaufnahme als nothwendig und nützlich erscheinen lassen können, hievon allein aber die actio negotiorum gestorum abhängt.

Hiemit soll indess nicht in Abrede gezogen werden, dass bei dem Creditauftrage, also bezüglich des Mandates zwischen dem Gläubiger und dem Intercedenten, derselbe Zweck, welchen das Senatusconsult verfolgt, auch dadurch durchzuführen versucht worden ist, dass die Frage nach der Erlaubtheit und hiemit nach der Verbindlichkeit des Mandates aufgeworfen worden ist;

L. 12. § 13 mand. 17. 1 (Ulp. l. c.)

und dass möglicher Weise und unter besonderen Umständen das Mandatsverhältniss zwischen Haussohn und Bürgen ebenfalls als mandatum illicitum erscheinen kann, dann selbstverständlich keine Regressklage erzeugt, consequent aber auch dem Bürgen die exceptio S.C. Macedoniani entzieht ⁶⁾.

4) Die Erben der unter 1. bis 3. genannten Personen.

L. 7. § 10. h. t.

II. Wem gegenüber kann die Einrede vorgeschützt werden? Dem Gläubiger und seinen Successoren gegenüber.

L. 7. § 6. h. t.: Non solum ei, qui mutuum dedisset, sed et successoribus ejus deneganda est actio.

1) Gläubiger, d. h. ursprünglicher Gläubiger ist zunächst Derjenige, der dem Hauskinde das Geld angeliehen hat (qui mutuum dedisset), oder in dessen Namen das Geld als Darlehen gegeben worden ist: also eben der Darlehensgläubiger — aber auch Derjenige, der in Folge von Adstipulation oder correaler Stipulation als Gläubiger neben den Darleiher getreten ist. (vgl. auch oben im § 48. II. Z. 2. und 3.)

⁶⁾ Ueber diese Detailfragen und einige weitere Aufstellungen sind zu vergleichen Dückers p. 45 sq. und Machelard l. c. p. 125 sq.

L. 7. § 7. h. t. Proinde et si alius mutnam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit.... Idem est et in duobus reis stipulandi.

Ist übrigens der Gläubiger ein Minderjähriger, so kann derselbe, abgesehen davon dass in vielen Fällen um der Minderjährigkeit willen von Vorneherein keine Einrede begründet ist (vgl. hierüber oben § 48. II. 1.), die exceptio S.Ci. Maced. dadurch, dass er Restitution (propter minorem aetatem) nachsucht, beseitigen: entweder allgemein oder wenigstens bis zur Höhe der zur Zeit der Litiscontestation vorhandenen Bereicherung. Letzteres nämlich, wenn auch das Hauskind minderjährig ist, also die gleiche Begünstigung von beiden Beteiligten in Anspruch genommen werden kann.

L. 11. § 7., L. 34. pr. minor. 4. 4. (Ulp. lib. 11. ad Edict. und Paulus lib. 1. Sententiarum).

Beides ist allgemeinen Grundsätzen entsprechend: sobald die Jurisprudenz den Schutz der Hauskinder und Hausväter nicht für dringender und nothwendiger erachtet, als den Schutz der Minderjährigen; Julian und Marcellus aber schreiben im Gegentheile:

ut magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habeatur ⁷⁾.

(L. 11. § 7. cit.).

Ob die gleiche Befugniss zur Beseitigung der exceptio durch in integrum restitutio auch den Gemeinden (civitates) zustehe, ist zweifelhaft: einer Seits kommt den civitates nach einem mindestens auf die Zeit der Severe zurückreichenden Rechtssatze die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in demselben Umfange zu, wie den Minderjährigen ⁸⁾;

L. 3. C. jure rei publ. 11. 29. (Imp. Alexander A. Saturnino):

Rempubicam ut pupillam extra ordinem juvari moris est.

vgl. hiezu L. 78. § 1. leg. II. (Papinianus lib. 9. Resp.),

L. 9. appell. 49. 1. (Macer lib. 2. de appell.); L. 1. C.

officio ejus 1. 50. (Imp. Gordianus A. Domitio P. P.) u. s. f.

anderer Seits sagt Marcianus lib. 14. Inst. (L. 15. h. t.)

nam in civitate quoque Senatusconsultum locum habere Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

⁷⁾ Dückers p. 140 u. 141.

⁸⁾ Näheres bei Burchardi, Wiedereinsetzung S. 257.

und legt die Annahme nahe genug, dass hiemit die Anwendung des *beneficium i. i. restitutionis* auf die *exc. S.C. Macedoniani* habe ausgeschlossen werden wollen. Indess ist Letzteres doch nicht sicher, namentlich nach den einleitenden Worten:

Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus an civitas.

Lässt sich aber so schon nicht mit Bestimmtheit annehmen, dass das *Rescript* beziehungsweise das Fragment ursprünglich diesen Sinn gehabt habe, so kann er ihm noch weniger im Sinne der *Compilation* beigelegt werden — für welche ein Widerspruch zwischen der *L. 15. h. t.* und den oben angeführten Stellen solange irgend möglich nicht angenommen werden darf⁹⁾.

2) *Successoren*, welchen die *exceptio* entgegensteht, sind nicht bloß die Erben der unter *Z. 1.* genannten Personen, sondern auch die *Cessionare*.

Diess kann keinem Anstande unterliegen. Dagegen fragt es sich, ob nicht auch die *Delegatäre* — welche in Folge von *Novation* Gläubiger des Hauskindes geworden sind — sich die *exceptio S.C. Macedoniani* gefallen lassen müssen? Die Frage scheint so bestimmt und so allgemein als möglich verneint in

L. 19. novat. 46. 2. (Paulus lib. 69. ad Edictum) Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex Senatusconsulto filiofamilias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra Senatusconsultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. . .

Indessen wird die *exceptio S.C. Macedoniani* doch zugelassen werden müssen, wenn in fraudem *Senatusconsulti* novirt beziehungsweise delegirt worden ist.

Einen Anhaltspunkt für diese Annahme bietet einmal der Inhalt der

L. 7. pr., § 1., § 7. h. t.

⁹⁾ A. M. Glück XIV. 353 und die vielen von ihm angeführten älteren Schriftsteller, ausserdem Dückers p. 141 u. 142.

welche eine immerhin analoge Entscheidung enthält, und dann die Erwägung, dass behufs Durchführung des Zweckes des *Senatusconsultes* die *exceptio* in solchem Falle nothwendig ist. Die beiden Gründe zusammen reichen aus zur Begründung des Satzes, sobald nicht die angeführte L. 19. nov. direkt entgegensteht. Diess ist aber nicht der Fall. Die L. 19. erwähnt der *exceptio S.C. Macedoniani* nicht desshalb, um auszuführen, dass das *S.C. Macedonianum* unter keinen Umständen zur Einräumung der *exceptio* an den Delegatar Veranlassung geben könne, sondern um hervorzuheben, dass das Novationsgeschäft für sich kein gegen das *Senatusconsult* verstossendes Geschäft sei, und desswegen — anders als bei dem *S.C. Vellejanum* und der *restitutio propter minorem aetatem*, — die Anwendung der vorausgestellten Regel (*Doli exceptio . . . delegatus est*) auf die exc. *S.C. Macedoniani* keinem Anstande unterliege (vgl. auch L. 13. h. t. *Gajus lib. 9. ad Edict. prov.*). Diess ist nach dem Inhalte der Sätze, welche den oben abgedruckten Anfangsworten folgen (*Diversum — creditorem*) nicht zu bezweifeln. Und wenn es nach Erwähnung des *S.C. Vellejanum* und der *Restitution* zum Schlusse heisst:

Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem (excipi?) ex persona debitoris.

so enthalten diese Worte die Begründung nicht der in Beziehung auf die exc. *S.C. Macedoniani* getroffenen Specialentscheidung, sondern des vorausgeschickten generellen Satzes; können also auch nicht entgegenstehen, wenn aus speciellen im *Senatusconsulte* liegenden Gründen eine Entscheidung getroffen werden will, die zwar jenem Grundsatz nicht widerspricht, auf welche aber dessen Begründung nicht ganz passt. Uebrigens ist diese Begründung auch in Beziehung auf die exc. *S.C. Macedoniani* nicht geradezu unpassend: denn in fraudem *Senatusconsulti* wird, eben nicht schon dann novirt, wenn der neue Gläubiger wissen könnte oder selbst weiss, dass der Delegat dem bisherigen Gläubiger jene Einrede

hätte entgegengehalten können ¹⁰⁾).

Wenn hienach die *fraus contra Senatusconsultum* die Herübernahme der Einrede und deren Geltendmachung gegen den Delegatar rechtfertigt, so verhält sich diess nicht so mit den anderweiten Ausnahmen, bei deren Zutreffen sonst *ex aequitate* dem Delegatar gegenüber die *Exceptionsmäßigkeit* der *prior obligatio* geltend gemacht werden kann ¹¹⁾).

L. 2. § 3. und 4. don. 39, 5; L. 7. pr. und § 1. *doli except.*

44. 4. -

Denn diese Ausnahmen setzen Nichtexistenz einer Schuld des Delegaten an den Deleganten voraus; hievon kann aber hier, wo ein *debitum* vorliegt, nicht gesprochen werden.

III. Welche Klage kann durch die Einrede beseitigt werden?

Das *Senatusconsult* sagt möglichst generell

ne cui... actio petitioque daretur

und es zeigen dann auch die Ausführungen in § 48. Z. III. und oben I. 2. und 3., II. 2., dass die *condictio ex mutuo* zwar für die Regel die Klage ist, der die *exceptio* entgegenzuwirken bestimmt ist, dass aber dieselbe doch auch unter Umständen den Klagen aus dem Kaufgeschäfte (*actio venditi*), aus dem *Depositum*, aus den verschiedenen Bürgschaftsverträgen (*actiones ex stipulatu, de pecunia constituta, mandati contraria*), aus anderweiten accessorischen und novirenden Stipulationen, der *actio hypothecaria* u. s. f. mit Erfolg entgegengehalten werden kann.

Speciell ist dagegen hervorzuheben

1) Wenn der Darleiher nicht fähig beziehungsweise nicht be-

10) Dietzel S. 92 f. S. 125 und Schwanert S. 356 f. betonen die Worte *«tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest»* — die nichts Anderes besagen wollen, als dass was für Einreden gelte, die die ganze *Obligation* vernichten, um so eher für solche gelten müsse, die eine *naturalis obligatio* übrig lassen — behandeln in Folge hievon die *Novation* als *Zahlung* und kommen auf diese Weise zu dem unrichtigen Resultate, dass die *Novation* die *Einrede* zwar dem Hauskinde, aber nicht dem Hausvater entziehe. Richtiger Dückers p. 32 f.

11) Fein, Beiträge S. 35 ff.; Römer, bedingte *Novation* S. 50 ff.; Salpius, *Novation und Delegation* S. 122; Windscheid, Pand. § 355 Z. 2. a; Vangerow, Pand. (7. Aufl.) Anm. 3 zu § 619. Z. 3.

fugt ist, die numi zu veräussern, so steht der rei vindicatio sei es des Darleihers sei es des dritten Eigenthümers die exceptio nicht entgegen.

L. 3. § 2. h. t.

Wie es sich verhält, wenn solche numi späterhin consumirt werden, ist in den Quellen nicht gesagt. In Beachtung einer Seits der manchen Stellen, welche durch Consumtion einen Rückforderungsanspruch entstehen lassen und anderer Seits der Erwägung, dass die Strafe des Senatusconsultes eine Person nicht treffen kann, die gar nicht creditiren will oder kann (vgl. auch den § 47. IV.), möchte es gerechtfertigt sein, die exceptio der condictio gegenüber dann zu versagen, wenn die an sich klagberechtigte Person einen Darlehensvertrag nicht abschliessen wollte oder konnte, wie z. B. der furiosus, der infans; dagegen solche einzuräumen, sobald der durch die Consumtion entstehende Rückforderungsanspruch auf insoweit fähigen beziehungsweise befugten Willen des klageberechtigten Darleihers zurückgeführt werden kann wie z. B. wenn fremde numi hingegeben werden, ferner im Falle des pupillus infantia major, des filiusfamilias. Wie dem übrigens auch sei, jedenfalls zeigt die Entscheidung der L. 3. § 2. cit.: dass das Wort »petitio« im Contexte des Senatusconsultes nicht, wie bisweilen angenommen wird, die dingliche Klage bedeuten soll. Denn hätte das Senatusconsult die dingliche Klage (petitio) neben der Forderungsklage (actio) ausdrücklich genannt, so wäre die Jurisprudenz nicht oder wenigstens nicht unbeanstandet zu jener Entscheidung gekommen. Petitio ist vielmehr hier gleichbedeutend mit actio, und letzterem Worte nur beigelegt in Folge der nicht zu verkennenden Vorliebe des römischen Curialstyls für Häufung synonyme Ausdrücke.

2) Von den Klagen, welche gegen den Hausvater aus Rechtsgeschäften der Hauskinder angestellt werden können, ist nur die actio de peculio beziehungsweise tributaria geeignet, durch die exceptio S.Ci. Macedoniani beseitigt zu werden. Denn bei allen übrigen, möglicher Weise in Betracht kommenden Klagen schliesst der Grund, der die Haftung des Hausvaters vermittelt, zugleich die exceptio aus: ist doch dieser Grund die so oder anders gestaltete Zustimmung zu dem Geschäfte des Kindes bei den actiones quod jussu, exercitoria, institoria, quasi institoria; die versio in rem patris

bei der *actio de in rem verso*; Zustimmung oder *versio in rem* bei der direkten *condictio* des § 8. J. *quod cum eo* 4. 7.; Zustimmung und *versio in rem patris* aber schliessen die Anwendung des *Senatusconsultes* aus. (vgl. § 48. IV. und V.)

vgl. auch L. 2., 5., 7. C. h. t. 4. 28.

Dass der *actio de peculio* gegenüber die *exceptio* statthaft ist, geht nicht bloß aus all den Stellen hervor, die dieser *exceptio* des Hausvaters erwähnen (vgl. I. 2.), sondern ist auch ausdrücklich ausgesprochen.

L. 6. pr. C. h. t. (Imp. Philippus A. et Philippus C. Theopompo).

Indessen will hiemit nicht gesagt sein, dass der *actio de peculio* aus einem Darlehen des Hauskinde immer die *exceptio S.Ci. Macedoniani* entgegengehalten werden kann. Denn einmal concurrirt die *actio de peculio* mit den übrigen *actiones adjectitiae qualitatis*, kann also auch angestellt werden, wenn das Darlehen um der Zustimmung des Hausvaters willen oder wegen *versio in rem patris* unanfechtbar ist; und weiterhin sind *jussus patris* und *versio in rem patris* nicht die einzigen Gründe, welche die Geldaufnahme des Hauskinde dem *Senatusconsulte* entziehen: machen doch *scientia patris* und entschuldbarer Irrthum des Gläubigers das *Senatusconsult* cessiren (vgl. den § 48. II.), ohne die *actio quod jussu* oder *de in rem verso* zu begründen. Hieraus erklären sich zur Genüge Stellen wie

L. 12. § 13. *mand.* 17. 1. (Ulp. lib. 31. ad *Edict.*)

L. 3. § 4. *min.* 4. 4. (Ulp. lib. 11. ad *Edict.*)

L. 1. C. *ne filius* 4. 13. (Imp. Gordianus A. Candido militi) ¹²⁾

Dass dagegen die *exceptio* gegen die *actio de peculio* möglicher Weise versagt sein könne, während das Geschäft selbst dem *Senatusconsulte* unterliege ¹³⁾, ist nicht richtig. Die zwei Fragmente aus Julian, die hiefür angeführt werden

L. 11. und 12. *fidej.* 46. 1. (vgl. auch die etwas verkürzte,

12) Ueber den Text dieser Stelle (*neque contra S.C. Macedonianum*, nicht: *neque si c. S.C. M.*) vgl. Dietzel S. 61; Dückers p. 47 u. 48 und unterstützend Bas. XXIV. 4. c. 5. Ueber den durch die Stelle bezeugten Satz selbst vgl. Savigny, *System* VII. 286; Dückers p. 46 sq., 75 sq.; Windscheid § 373. Note 15.

13) Windscheid § 373. Note 15.

aber die getrennten Fragmente zusammenfassende Wiedergabe durch Venulejus in L. 18. ad S.C. Mac.)

Qui contra Senatusconsultum filiofamilias crediderit, mortuo eo fidejussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent. Plane ejus actionis nomine, quae de peculio adversus eum competit, fidejussor recte accipitur.

besagen nämlich: der Hausvater könne nach dem Tode des Hauskindes für dessen Schuld nur unter der Voraussetzung eigener Haftung einen Bürgen bestellen, also wenn es sich um Verbürgung für ein contra Senatusconsultum aufgenommenes Darlehen handle, bei welchem von jussus und in rem versio keine Rede sein kann, nur unter der Voraussetzung peculiarer Haftung. Dass die actio de peculio einredefrei sein müsse, ist weder direkt noch indirekt gesagt. Denn Bürgschaften können auch für Schulden bestellt werden, die durch Einreden zu beseitigen sind. Die julianische Begründung aber (quia-possent) betont aufs Schärfste die Nothwendigkeit einer Hauptschuld, nirgends dagegen die Nothwendigkeit einer exceptionsfreien Hauptschuld.

3) Auch der actio judicati kann die exceptio entgegengehalten werden und zwar nach ausdrücklichem Ausspruche des betreffenden Fragmentes aus dem Ulpian'schen Ediktscommentar Seitens des Haussohnes, wie Seitens seiner Bürgen,

L. 11. vgl. mit L. 9. § 4. h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edict.).

zweifellos aber auch Seitens des Hausvaters und überhaupt Seitens aller Personen, die der ursprünglichen Klage die exceptio entgegenhalten können.

Der Grund für diese privilegirte Natur der Einrede ist darin zu suchen, dass es sich bei dem mazedonianischen Senatusconsulte wie bei dem S.C. Vellejanum um einen Rechtsgedanken handelt, dessen Effectuirung wenigstens für eine gewisse Zeit (die Dauer der potestas) von der Willkür der nächstbetheiligten Person unabhängig gemacht werden will; denn diess ist, wenn einmal die Form der Einrede für die Durchführung jenes Gedankens gewählt war, nur durch Privilegirung der Einrede zu erreichen: kann doch sonst der Haussohn dadurch, dass er sich belangen lässt und die Einrede nicht

vorschützt, sich und den Hausvater dem Sinne des *Senatusconsultes* zuwider haftbar machen.

Diess würde nun freilich nicht mit Nothwendigkeit darauf führen, auch dann, wenn der Hausvater oder der Intercedent oder der gewesene Haussohn die Einrede in dem gegen sie angestellten Prozesse nicht vorgeschützt haben, solche als für den Executionsprozess vorbehalten anzusehen — wie diess die citirte L. 11. h. t. für die Bürgen unzweifelhaft statuirt. Es mag aber hierauf die Erwägung geführt haben, dass sobald einmal die Einrede gegen die *actio judicati* gegeben wird, jeder Schluss aus der Unterlassung ihrer Vorschützung im Hauptprozesse auf die Verzichtsabsicht misslich wird. Keinenfalls sollte indess diess hindern, da wo von der verzichtsfähigen Partei und nachweisbar in der Absicht zu verzichten der Gebrauch der Einrede unterlassen wird, die *exceptio* als verzichtet anzusehen, also der *actio judicati* gegenüber nicht mehr zuzulassen ¹⁴⁾.

IV. Kann die Einrede durch den Willen der verpflichteten Personen beseitigt werden?

Behufs Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen dem Hausvater, dem Hauskinde und den übrigen möglicher Weise zum Vorschützen der Einrede befugten Personen (Intercedenten, Erben).

1) Die *Ratihabition* Seitens des Hausvaters bewirkt Wegfall der *exceptio*: denn sie constatirt, dass das Geschäft dem Willen des Hausvaters entspricht; ein dem Willen des Hausvaters entsprechendes Geschäft verstösst nicht gegen das *Senatusconsult*; und nur der Verstoss gegen das *Senatusconsult* rechtfertigt die Einrede. Ist diess der Grund der Bedeutung der *ratihabitio patris*, so muss sie für alle Interessenten wirken: gerade wie diess der Fall ist bei nachträglicher *versio in rem patris* (L. 7. § 12. h. t. und oben in § 48. IV und V.); aber anders, als wenn die *Ratihabition* sich speciell auf die

14) Donellus Comm. XII. cap. 25. § 12, der übrigens die *exceptio* nur dann gegen die *actio judicati* für statthaft erklärt, wenn der Haussohn condemnirt worden ist; Glück, Commentar XIV. S. 348; Dietzel S. 105 f., der die Worte »ne actio daretur« von Vorneherein auf den Ausschluss der Execution bezogen wissen will, im Uebrigen die einschlagenden Fragen vollständig und richtig beantwortet; Dückers l. c. p. 43 sq.

Einrede beziehen würde, d. h. bestimmt wäre, das Einrederecht aufzuheben beziehungsweise durch Begründung eines Gegenrechtes zu elidiren, was Letzteres der Fall ist in L. 62. pactis 2. 14. (Furius Anthianus lib. 1. ad Edict.) vgl. mit L. 27. § 2. e. t. (Paulus lib. 3. ad Edictum).

Dieses Resultat wird noch speciell unterstützt und begründet durch Argumentationsweise und Thesen der

L. 7. pr. C. h. t. (Imp. Justinianus A. Juliano P.P.)

— eine Constitution in welcher Justinian, im Anschlusse an eine alte Controverse (*veterum ambiguitatem decidentis*), also doch wohl von den Begriffen der classischen Zeit ausgehend, einmal ausspricht, dass die *ratihabitio patris* desswegen von Bedeutung sei, weil sie constatire, wie das betreffende Geschäft von Vorneherein der *voluntas patris* entsprochen habe:

quum testimonium paternum respuere satis iniquum est;
weiterhin anfängliche Zustimmung und nachträgliche *Ratihabition* in ihren Wirkungen einander ausdrücklich gleichstellt:

sancimus: quemadmodum si ab initio voluntate patris vel
mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, ob-
noxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater
habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum.

und endlich die Rückziehung der *Ratihabition* statuir¹⁵⁾.

Uebrigens hat die Genehmigung des Hausvaters, dem genommenen Ausgangspunkte entsprechend, nur dann diese Bedeutung, wenn solcher *durante potestate* *ratihabirt*, und ist eine nach Lösung der Gewalt ausgesprochene Genehmigung so zu beurtheilen, wie ein entsprechender Willensakt eines *Intercedenten* (vgl. hierüber unten Z. 3. und Näheres über die *ratihabitio patris familias* im § 48. V. 3.)

2) Bei dem Haussohne ist zu unterscheiden, ob er noch Haussohn oder aber selbstständig geworden ist.

a) Dass der zur Selbstständigkeit gelangte Haussohn durch seinen Willen den Wegfall der *exceptio S.C. Macedoniani* bewirken kann, unterliegt keinem Zweifel.

15) So auch Donellus l. c. XII, cap. 27. § 11; Dietzel a. a. O. S. 136—138; Dückers l. c. p. 110 u. 111.

L. 7. § 16., L. 9. pr., L. 20. h. t.; L. 2. C. h. t.

Dagegen ist bestritten und keineswegs zweifellos, wie diess bewirkt werden könne? wann eine entsprechende Willenserklärung vorliege? und welche Tragweite solche habe?

Die ebenangeführte

L. 2. C. h. t. (Imp. Severus et Antoninus A.A. Sophiae):

Zenodorus si... .suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.

scheint durch die Worte »vel alias agnovit debitum« darauf hinzuweisen, dass der selbstständig gewordene Haussohn in derselben Weise durch Genehmigung des Geschäftes das Senatusconsult cessiren machen könne, wie der Hausvater. Indessen würde es vor Allem an der Gleichheit des Grundes fehlen: die *ratihabitio patrisfamilias* ist von Bedeutung, weil ein *voluntate patris* abgeschlossenes Geschäft dem Verbote des Senatusconsultes nicht unterliegt, und die *Ratihabitio* constatirt, dass das Geschäft von Vorneherein wenn auch unausgesprochen und den Interessenten unbewusst dem Willen des Hausvaters entsprochen hat; der Wille des Hauskindes dagegen ist zum Abschlusse des Geschäftes nothwendig, ohne irgend die Anwendung des Senatusconsultes auszuschliessen; die *Ratihabitio* könnte also jedenfalls nicht desswegen von Bedeutung sein, weil sie die Uebereinstimmung des Geschäftes mit dem Willen des Hauskindes constatirt. Aber auch ein anderer Grund, der auf die Beseitigung der *exceptio* durch Bestätigung des Geschäftes führen könnte, lässt sich nicht entdecken. Zwar gibt es Anfechtungsrechte (*exceptio* und *restitutio in integrum propter metum*, i. i. r. *propter minorem aetatem*), welche wegfallen, wenn nach Aenderung der Verhältnisse (in voller Freiheit des Willens, nach erreichter Volljährigkeit) das Geschäft von dem Interessenten bestätigt wird ¹⁶⁾.

16) Die Ansichten über die Beseitigung der Anfechtbarkeit eines Geschäftes sind neuerdings sehr verschieden: von dem Verlangen einer acceptirten, also vertragsmässigen Verzichtserklärung an (Wächter, würt. P.Recht II, 657 vgl. mit 645 u. 740. Unger, östr. Privat-Recht I. § 92. Z. 3) durch verschiedene Mittelstufen hindurch (vgl. z. B. Sintenis I. § 18 von Note 37 an, Bähr, Anerkennung 2. Aufl., S. 189 f.) bis zu der Annahme, dass allgemein die einseitige Bestätigung geeignet sei, die Anfechtbarkeit des Geschäftes zu beseitigen (Windscheid, Pand. § 88. Ziff. 2 und ausführ-

- L. 3. § 1. und 2. min. 4. 4. (Ulp. lib. 11. ad Edictum);
 L. 1. und 2. C. si major factus 2. 46. (Imp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C.)
 L. 4. C. his quae vi 2. 20. (Imp. Gordianus A. Primo et Euthydico)

Allein einmal lassen sich gerade bei den in dieser Weise erwähnten Anfechtungsrechten unschwer specielle Gründe für diese Behandlungsweise auffinden, so dass es mehr als misslich ist, einen Schluss auf die Behandlung aller anfechtbaren Geschäfte zu machen; dann aber handelt es sich im vorliegenden Falle überhaupt nicht um Anfechtbarkeit eines Geschäftes und erst folgeweise um die Einrede, sondern um die Einrede, wodurch die Klage des Darleihers beseitigt werden kann, und nur um diese Einrede: so dass nicht in Frage steht, ob der Entlehner das Darlehensgeschäft bestehen lassen oder anfechten und folgeweise zahlen oder die Zahlung verweigern will, sondern nur, ob er sich zur Zahlung zwingen lassen will oder nicht. Weiterhin fehlt es auch an quellenmässigen Anhaltspunkten für die Annahme nicht, dass von einer Bestätigung des Geschäftes nicht die Rede sein kann — spricht doch die angeführte L. 2. C. cit. von agnoscere debitum nur nach dem zuerst der Novation erwähnt, also nahe genug gelegt ist, dass es sich um der Novation ähnliche Akte, nicht um ein einfaches ratihabere handelt; wiederholt ferner die L. 7. § 16. h. t., nachdem sie die Theilzahlung des Vaters in § 15. als einen Akt der Ratihabition bezeichnet hatte, diese Auffassung im § 16., der von Theilzahlung des gewesenen Haussohnes spricht, in keiner Weise; und zeigen endlich die unten näher zu constatirenden Entscheidungen der L. 7. § 16. und der L. 9. pr. h. t. im Verhältnisse zu den Entscheidungen von L. 7. § 15. und L. 9. § 3. h. t., dass die Ausgangspunkte

licher, aber ohne weitere Beweisgründe, L. Senffert, die Lehre von der Ratihabition S. 138 ff.). Die im Texte angedeutete Auscheidung der Einrederechte, welche nicht zur Durchführung der Anfechtbarkeit bestimmt sind, möchte zur Abgrenzung des Gebietes, auf dem Bestätigung zulässig ist, jedenfalls erforderlich, auch dann aber noch die allgemeine Zulassung der Bestätigung sehr bedenklich sein. Auf der anderen Seite beruht indessen auch das ausnahmslose Zulassen und Verlangen eines Verzichtes-Vertrages auf der Argumentation aus selbstgeschaffenen, dem römischen Rechte fremden Begriffen und Principien.

für die Beurtheilung der Akte des Hausvaters und des Hauskindes wesentlich verschieden sind.

Kann hienach der Bestätigung als solcher eine Bedeutung nicht beigemessen werden, so entsteht die Frage: ob und in welcher andrer Weise etwa ein Verzicht auf die Einrede (*remittere exceptionem*) möglich ist? Für die Beantwortung derselben sind von entscheidender Wichtigkeit die L. 7. § 16. bis L. 9. pr. h. t.¹⁷⁾

L. 7. § 16. (Ulp. lib. 29. ad Edict.): Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum nec solum repetere potest;

L. 8. (Paulus lib. 30. ad Edictum): cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

L. 9. (Ulp. l. c.). Sed si paterfamilias factus rem pignori

17) Ueber L. 7. § 16 und L. 9 pr. h. t., beziehungsweise deren gegenseitiges Verhältniss gibt es sehr verschiedene Ansichten. Die einen, namentlich die älteren Schriftsteller verstehen L. 7. § 16 cit. von einer Anerkennung der ganzen Schuld, L. 9 pr. von einer Anerkennung usque ad pignoris quantitatem: so die Glosse zu L. 7. § 16 v. cessabit; Donellus Op. Omn. XIV. c. 28. § 7; Cujacius Op. Omn. IX. 377; Glück a. a. O. XIV. 322 und die hier auf S. 323 u. 324 weiter angeführten Auctoritäten; dann aber auch Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 151. Note h; Vangerow, Pandekten Anm. zu § 245. Z. 1. lit. b; Dernburg, Pfandrecht I. 548. Andere, namentlich neuere Schriftsteller wollen auch in L. 7. § 16 cit. nur eine theilweise Anerkennung finden, vgl. ausser den bei Glück a. a. O. S. 324. Not. 39 Angeführten: Francke, civ. Abhandlungen S. 128; Puchta, Pandekten § 306 cc; Sintenis, Civilrecht § 108. Note 51 am Schlusse; Machelard, Des obl. nat. p. 118 sq.; Dietzel a. a. O. S. 132; Schwanert, Naturalobligation S. 352 u. 353; Windscheid § 373. Note 17, Seydel a. a. O. S. 52 fl., endlich Dückers p. 124 sq. (Letzterer mit der eingehendsten und gründlichsten Erörterung). Aber auch die Frage, warum die Pfandbestellung anders behandelt werde, als die Theilzahlung? beziehungsweise warum Theilzahlung und Pfandbestellung nur theilweisen Wegfall der exceptio herbeiführen? wird sehr verschieden beantwortet. Namentlich gelingt es den Anhängern der erstern Ansicht nicht, einen ausreichenden Grund für die Verschiedenheit aufzufinden, — indem sie auf Differenzen in den wirklichen oder muthmasslichen Willenserklärungen (Donellus l. c. Dernburg a. a. O.), auf stillschweigende Protestation bei der Pfandbestellung (Glück a. a. O.), auf grössere Strenge des Senatusconsultes bei der Zahlung (Cujacius l. c.) u. s. w. hinweisen. Indessen möchten auch die Erklärungen der Gegner nicht ausreichen: obwohl anzuerkennen ist, dass sie durch Beschränkung des Verzichtes auf die in den Quellen genannten Geschäfte den richtigen Ausgangspunkt für die Beantwortung fixiren (Dietzel, Windscheid, Dückers).

dederit, dicendum erit Senatusconsulti exceptionem ei de-
negandam usque ad pignoris quantitatem.

Was in diesen zusammenhängenden Stellen über allen Zweifel er-
haben ist, ist die Bestimmung, dass eine Pfandbestellung Seitens
des selbstständig gewordenen Haussohnes die exceptio S.Ci. Mace-
doniani nur usque ad pignoris quantitatem, bis zur Höhe des Pfand-
werthes, beseitigt (L. 9. pr.) — während immerhin zweifelhaft sein
kann, ob auch die Theilzahlung nur für die gezahlte Summe wirkt
(L. 7. § ult.). Indessen wird es richtiger sein, auch Letzteres an-
zunehmen: denn wenn es nicht zulässig ist, aus der Pfandbestel-
lung den gänzlichen Verzicht auf die Einrede zu schliessen, wäh-
rend doch das Pfand für die ganze Schuld haftet, so kann eine
derartige Schlussfolgerung bei der Theilzahlung, die eine solche
nothwendige Beziehung zu der ganzen Schuld nicht hat, sicherlich
noch weniger zulässig sein; ferner erklärt sich, namentlich im Zu-
sammenhalte mit L. 7. § 15., der Zusatz in § 16.

nec solutum repetere potest

immerhin am Besten als Beschränkung des zu weit gefassten

cessabit Senatusconsultum;

und endlich darf der anscheinende Gegensatz des pr. leg. 9. zu der
§ ult. von L. 7. nicht zu hoch angeschlagen werden, da er mög-
licher Weise erst der Compilation angehört, und hier sei es durch
Ausfallen anderer Sätze, sei es durch die Einschlebung des pauli-
nischen Satzes (L. 8.) hervorgerufen sein kann, möglicher Weise
übrigens auch durch unrichtige Zusammenfassung von »Sed et« in
»Set« entstanden ist. Die Stellen besagen also, dass weder aus der
Pfandbestellung noch aus der Theilzahlung eine weitere remissio
exceptionis als für den Betrag des Pfandwerthes beziehungsweise
der gezahlten Summe resultire.

Diese Entscheidung kann unmöglich darin ihren Grund ha-
ben, dass die Absicht des gänzlichen Verzichtes auf die Einrede
aus jenen Akten nicht geschlossen werden könne: denn unmittel-
bar zuvor (L. 7. § 15.) hat derselbe Ulpian einen parallel lau-
fenden Schluss aus der Theilzahlung des Hausvaters auf die
Bestätigung des ganzen Vertrages zugelassen (vgl. auch L. 9.
§ 3. h. t.). Sie kann aber auch daraus nicht erklärt werden,
dass es sich bei der Bestätigung um einen einseitigen, bei dem

Verzichte aber um einen zweiseitigen Akt handle ¹⁸⁾: denn wenn einmal angenommen werden wollte, dass der gewesene Haussohn durch Theilzahlung und Pfandbestellung seine Absicht, auf die Einrede überhaupt zu verzichten, in ausreichender Weise zu erkennen gebe, so liesse sich die stillschweigende Annahme Seitens des Gläubigers nicht beanstanden. Dagegen bietet sich eine völlig ausreichende Erklärung dar, wenn angenommen werden darf, dass das römische Recht weder einen einseitigen noch einen zweiseitigen Verzicht auf die *exceptio S.Ci. Macedoniani* in der Form eines speciell hiefür bestimmten Rechtsgeschäftes, etwa eines *pactum de non excipiendo*, kennt; dass vielmehr die *remissio exceptionis* immer nur thatsächlich, nämlich dadurch bewerkstelligt werden kann, dass auf Grund der vorhandenen Obligation ein anderweites Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, dessen Folgen durch die *exceptio* nicht alterirt werden können. Denn wenn diess der Fall ist, ist selbstverständlich, dass die *remissio exceptionis* sich nach der Tragweite des neuen Geschäftes bestimmt, und die überschüssende Verzichtsabsicht, bei manchen dieser Geschäfte, die Verzichtsabsicht überhaupt, bedeutungslos ist. Jene Voraussetzung unterliegt denn auch keinem Anstande. Der Verzicht des gewesenen Hauskindes tritt nämlich in den Quellen immer in der Form eines anderen Geschäftes auf: der *solutio* (L. 7. § 16. h. t.), der Pfandbestellung (L. 9. pr. h. t.), der *Novation* (L. 20. h. t., L. 2. C. h. t.). Und wenn die letztere Stelle der Erwähnung der *Novation* die Worte beifügt

vel alias agnovit debitum

so ist es, wie schon oben bemerkt, gerechtfertigt, hierin nur eine Hinweisung auf andere ähnliche Geschäfte: also zunächst auf das *constitutum*, dann etwa auch auf die Bürgenstellung u. s. f. zu sehen. Ausserdem aber lässt sich das Fehlen eines *pactum de non excipiendo* auch aus inneren Gründen rechtfertigen. Solches müsste, da das römische Recht ein besonderes *pactum de non excipiendo* nicht kennt, ein *pactum de non petendo* sein; derartige *pacta* kennt nun das römische Recht allerdings nicht blos zur Beseitigung der *petitio* im eigentlichen Sinne, d. h. eines Klagerechtes

¹⁸⁾ So Windscheid a. a. O. § 373. Ziff. 6 (nach der Fassung des Textes vgl. aber auch Note 17).

beziehungsweise klagbaren Anspruches, sondern auch zur Beseitigung von Naturalansprüchen (L. 95. § 4 solut. 46. 3), der *exceptio pacti de non petendo* (L. 27. § 2 pactis 2. 14), von Befugnissen auf Cautionsleistung (L. 46 e. t.). Dass sie indessen auch benutzt worden wären, um reine Vertheidigungsmomente zu beseitigen, denen weder ein selbstständiger Anspruch zu Grunde liegt noch eine durch den Willen der Partheien zu beseitigende Thatsache, lässt sich nicht erweisen, beweist aber freilich in der Anwendung auf die *exceptiones* auch, dass sich die römische Jurisprudenz die Einrede nicht nothwendig als Einrederecht denkt — ähnlich wie die Unzulässigkeit eines einfachen Verzichtes auf die Wahlmöglichkeit des Schuldners bei den alternativen Obligationen beweist, dass diese Wahlmöglichkeit den Römern sich nicht als Wahlrecht darstellt ¹⁹⁾.

Da die einzelnen Akte, die hienach in Betracht kommen, im nächsten Paragraphen unter anderem Gesichtspunkte zu erörtern sind, mag daselbst auch die Frage, inwieweit bei den einzelnen Akten die Verzihtsabsicht von Bedeutung ist, beantwortet werden. Hier handelt es sich um die Tragweite der in solchen Akten liegenden *remissio exceptionis* — und zwar in doppelter Richtung.

Einmal nämlich fragt es sich, ob diese *remissio* nicht ausschliesslich auf das durch das neue Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältniss einwirkt, so dass also z. B. die *exceptio S.C. Macedoniani* im Falle der L. 9 pr. h. t. zwar der *actio hypothecaria* nicht entgegengehalten werden könnte; wohl aber der persönlichen Klage aus dem Darlehensgeschäfte? Indessen gibt gerade die L. 9 pr. cit. eine verneinende Antwort: da das »*denegare excep-*

19) Mit der Bemerkung im Texte will nicht behauptet werden, dass die Auffassung der *exceptio* als eines Rechtes — allerdings bisweilen nur eines Rechtes auf Zurückweisung des von dem Gegner erhobenen, an sich begründeten Anspruches — begrifflich unrichtig sei, sondern nur, dass diese Auffassung für die römische Jurisprudenz nicht massgebend gewesen ist, und dass im Zusammenhange hiemit aus der Qualität der Einrede als eines Rechtes selbstständige Folgerungen nur mit Vorsicht gezogen werden dürfen. Ueber die alternative Obligation findet sich die annähernd richtigste Ansicht bei Demelius, G.Z. N. F. XVII. S. 25 ff., aber in unrichtiger Ableitung Dessen, was gerade aus dem Wesen der alternativen Obligation folgt, aus der Stipulationsform, und deshalb mit unrichtiger Folgerung für das geltende Recht.

tionem usque ad pignoris quantitatem« kaum anders verstanden werden kann, als dass der Klage aus dem Darlehensgeschäfte die Einrede bis zu demjenigen Betrage, bis zu welchem sich Werth des Pfandobjectes und Darlehensschuld decken, nicht entgegengehalten werden könne. Aber wie vermag die Pfandbestellung, die doch nach dem Ausgeführten nur als Pfandbestellung, nicht als Verzichtsvertrag in Betracht kömmt, die exceptio Senatusconsulti Macedoniani auch der Darlehensklage gegenüber mindestens partiell zu beseitigen? Wohl auf dem Wege der replica doli: wenn der actio hypothecaria gegenüber die exceptio ausgeschlossen ist und zwar ausgeschlossen ist mit dem Willen und durch den Willen des Hauptschuldners, so wäre es dolus von letzterem die Zahlung der Hauptschuld auch für denjenigen Betrag zu verweigern, dessen Bezahlung mittelst Durchführung der Pfandklage ihm direkt oder indirekt abgenöthigt werden kann ²⁰⁾).

arg. L. 10. § 2., L. 21. § 2 pactis 2. 14 u. a. m.

Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt denn auch die Annahme eines gänzlichen oder theilweisen Ausfalles der exceptio — im Verhältnisse zur Klage gegen den Hauptschuldner — wenn das neue Geschäft mit einer dritten Person, einem dritten Pfandgläubiger oder Bürgen oder Constituenten, abgeschlossen worden ist: sobald einmal der Abschluss dieses Geschäftes direkt oder indirekt auf den Willen des Hauptschuldners zurückgeführt werden kann und weiterhin die Zahlung Seitens dieses Dritten auf irgend eine Weise zu Lasten des Hauptschuldners geht.

Die zweite Frage betrifft die Rückwirkung der remissio pignoris, welche auf dem Willen des gewesenen Haussohnes beruht, auf die anderen verhafteten Personen: den gewesenen Hausvater, die Intercedenten, die Erben. Sie beantwortet sich einfach dahin, dass solche zwar den Erben des gewesenen Haussohnes präjudizirt, nicht aber den anderen genannten Personen, soweit dieselben neben den die remissio in sich schliessenden Akten haftbar bleiben.

20) Auf die actio hypothecaria wird die Entscheidung der L. 9. pr. cit. beschränkt von Francke a. a. O. S. 126. Bei den anderen am Schlusse der Anmerkung 17 genannten Schriftstellern findet sich zwar diese Beschränkung nicht, ist aber auch kein Versuch gemacht, das Herüberwirken der betr. Akte und speciell der Pfandbestellung auf die Gestaltung der Hauptschuld zu erklären.

Denn diese Akte vermögen, soweit sie neue exceptionsfreie Verpflichtungen begründen, nach ihrer rechtlichen Natur nur den Contrahenten zu verpflichten, und soweit sie auf die alte Schuld zurückwirken diese Rückwirkung nur unter dem Gesichtspunkte der *replica doli* auszuüben; dolose handelt aber unter den gegebenen Umständen nur Derjenige, dem gegenüber die neue einredefreie Verpflichtung geltend gemacht werden kann.

vgl. auch L. 62^a pactis 2. 14.

Dieser Schluss kann bezüglich der Intercedenten nicht beseitigt werden durch die Hinweisung darauf, dass sie von Vorneherein die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* nur zum Schutze und im Interesse der Hauskinder haben, das Interesse der Hauskinder aber die Vorschützung der Einrede, die sie selbst nicht mehr haben, nicht verlange. Denn abgesehen davon, dass die *exceptio* den Intercedenten auch im Interesse und zum Schutze der Hausväter gegeben ist und deren *exceptio* durch den Verzicht des gewesenen Hauskindes keinesfalls beseitigt wird, ist der Schutz und das Interesse der Hauskinder nur der legislativ-politische Grund für die Verleihung der *exceptio* an die Intercedenten: der Rechtsgrund derselben ist die Möglichkeit eines Regresses des Intercedenten an Hauskind und Hausvater. Nur wenn diese nachträglich wegfällt, z. B. durch nachträglichen Abschluss eines Schenkungsvertrages zwischen Intercedenten und Hauskind, kann deshalb die *exceptio* des Bürgen in Frage stehen; nicht aber auch, wenn der Regressanspruch bestehen bleibt und nur das Interesse des Hauskindes an der Geltendmachung der *exceptio* wegfällt ²¹⁾.

vgl. auch L. 15 pr. fidej. 46. 1 (Julian. lib. 51 Dig.).

b) Durante potestate kann das Hauskind die unter a) angeführten Akte vornehmen — ob auch *solutio* und Pfandbestellung? vgl. im nächsten § —; aber es kann im Allgemeinen nicht bewirken, dass die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* cessire, weder

21) Im Resultate richtig Donellus l. c. XII. c. 28. § 11 u. 12; Elvers, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft II. S. 444—451; Vangerow, Pandekten Anm. 2 zu § 578 am Schlusse; Dückers l. c. p. 132 u. 133. Ungenügend Dietzel S. 135 u. 136. Ueber L. 27. § 2 pactis und deren Verhältniss zu L. 62 a. t. vgl. Vangerow l. c. und nunmehr Jhering in den Jahrbüchern X. 259 f.

den neu begründeten Ansprüchen, noch dem fortbestehenden ursprünglichen Ansprüche gegenüber.

Diess ist zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen;
vgl. übrigens doch L. 4. C. h. t. 4. 28 (Imp. Severus et Antoninus A.A. Cyrillae)

wird aber, zunächst von einzelnen Akten abgesehen, mit Recht allgemein angenommen²²): denn wenn dem Hauskinde nicht zustehen soll, durch Darlehensaufnahme eine vollgültige, ihm und dem Hausvater gegenüber erzwingbare Schuld zu contrahiren, so kann es ihm auch nicht zustehen, diese dem Senatusconsulte widersprechende Schuld durch Willensakt in eine klagbare Schuld zu verwandeln. Diess lässt sich ebenso wohl unmittelbar aus dem Inhalte des Senatusconsultes deduziren, als durch die *fraus contra Senatusconsultum* begründen, die in solch' wissentlicher Beseitigung der Einrede aus dem Senatusconsulte liegen würde (arg. L. 7 pr. und § 1 h. t.).

Am Ehesten könnte man noch da Bedenken hegen, wo nach allgemeinen Grundsätzen der Verlust der Einrede ohne speziell hierauf gerichteten Willen des Hauskindes eintritt, nämlich bei der Novation. Allein nicht nur dass die so eben citirten Entscheidungen speziell für die Novation eine Analogie darbieten, enthalten

L. 20 h. t. (Pomponius lib. 5 Senatusconsult.) und

L. 2. C. h. t. (Imp. Severus et Antoninus A.A. Sophiae) eine nahezu direkte Entscheidung: indem sie, die Einwirkungen der Novation auf die *exceptio Senatusconsulti* erörternd, mit Bestimmtheit Novation nach Lösung der Gewalt voraussetzen. Die

L. 19 novat. 46. 2 (Paulus 69 ad Edictum)

aber spricht in den Worten:

quia nihil in ea promissione contra Senatusconsultum fit
nur den unbezweifelten Satz aus, dass die Delegation als solche

22) Donellus Op. Omn. XII. c. 28. § 13; Glück a. a. O. XIV. 313, 321; Unterholzner I. 151; Wächter, würt. Privatrecht II. 487. Note 19; Sintenis, Civilrecht § 108 bei Note 45 u. 46; Dückers p. 184 sq.; theilweise A. M. Dietzel S. 120 f., insoferne derselbe durch Novation die *exceptio* wenigstens dem Hauskinde selbst entzogen werden lässt, vgl. auch Windscheid § 373. Note 18, der zwar der gewöhnlichen Ansicht beitrifft, aber nur aus äusseren Gründen.

nicht gegen das *Senatuscons. Macedonianum* verstösst, wie sie, als *Intercession*, gegen das *Senatuscons. Vellejanum* verstösst; basirt weiterhin mit ihrer Entscheidung, dass die *exceptio S.C. Macedoniani* dem Delegatar nicht entgegengehalten werden könne, auf den Eigenthümlichkeiten gerade der *Delegation*;

Ideo autem denegantur . . . debitoris

und hindert selbst in dieser Beziehung die Berücksichtigung einer *fraus contra Senatusconsultum* nicht (vgl. hierüber oben II. 2).

Wenn endlich daraus, dass die Zahlung *durante potestate* gültig und unanfechtbar erfolgen kann, auf die Möglichkeit einer Anerkennung beziehungsweise eines Verzichtes oder wenigstens auf die Wirksamkeit des in der Form der *Novation* auftretenden Verzichtes ²³⁾ geschlossen werden will: so ist bei solcher Argumentation übersehen, dass der Unwiderruflichkeit der Zahlung nicht ein präsumtiver Verzicht auf die Einrede, sondern der Umstand entgegensteht, dass selbst unter Beachtung der entgegenstehenden Einrede ein *debitum* vorhanden, also die *condictio indebiti* unmöglich ist (vgl. hierüber unten auf S. 502 fig.).

3) Die übrigen verhafteten Personen — *Intercedenten* und Erben, sowie der gewesene Hausvater — vermögen zweifellos in der unter Ziff. 2. a erörterten Weise auf die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* zu verzichten; ebenso unzweifelhaft aber können sie durch solchen Verzicht das Einrederecht der übrigen beteiligten Personen nicht alteriren.

Hiebei mag bezüglich der *Intercedenten* hingewiesen werden einmal auf die Möglichkeit, gleich bei Uebnahme der Verbindlichkeit auf die Einrede zu verzichten; dann auf die Thatfachen, aus denen ein solcher Verzicht geschlossen werden kann (vgl. hierüber oben § 50. I. Z. 3. c. auf S. 480 fig.); endlich auf die Möglichkeit, durch nachträgliche Beseitigung der Regressberechtigung die *exceptio* zu beseitigen (oben Ziff. 2. a. am Schlusse).

V. Welches sind die Wirkungen der Einrede?

Mittelst der Einrede vermag der Schuldner jeden direkten oder indirekten Zwang zur Rückzahlung des Darlehens und zwar ohne zeitliche Beschränkung abzuwenden. Weiter geht dagegen die

23) Dietzel a. a. O. S. 121.

Wirkung der Einrede nicht, namentlich hebt deren Durchführung weder das dem Anspruche auf Rückzahlung zu Grunde liegende Geschäft, noch die aus solchem resultirende Obligation auf.

Des Näheren ergeben sich die Wirkungen theils aus den obigen Ausführungen (vgl. namentlich I. 3, II. 2, III. 3, IV), theils aus den Ausführungen des nächsten Paragraphen.

§ 51. Die Wirkungen des Verbotes (die *naturalis obligatio*).

Im Zusammenhange mit der *naturalis obligatio*¹⁾, welche auch die Durchführung der *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* nicht beseitigt, steht:

I. die *soluti retentio*.

Wenn eine unter das *Senatusconsult* fallende Schuld rückbezahlt ist, so kann nicht *condizirt* werden, gleichviel ob sie der Haussohn oder der Hausvater oder der *Intercedent* bezahlt;

L. 9. § 4 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Ed.), L. 40. pr. cond. ind. 12. 6 (Marcianus lib. 3 Reg.), L. 14. pr. reb. cred. 12. 1 (Ulp. lib. 29 ad Edict.)

ob sie bezahlt wird während Dauer oder nach Lösung der Gewalt;

L. 14 pr. cit. vgl. mit L. 40 pr. cit. und L. 7. § 15 und 16 h. t. (Ulp. l. c.)

ob im Irrthum über Existenz beziehungsweise Klagbarkeit der Schuld oder in richtiger Kenntniss der Verhältnisse und der aus solchen resultirenden Verpflichtungen und Befugnisse.

L. 7. § 16 h. t. vgl. mit L. 8 h. t. (Paulus lib. 30 ad Edictum), L. 40 pr. cit., L. 14 pr. cit.

So fest dieser Satz auch steht, so bedarf er doch nach mehr als einer Beziehung der genaueren Begründung und Begränzung:

1) Die Verbindung, in welcher in L. 7. § 15 und 16 h. t. der Gültigkeit der Zahlung gedacht wird, ferner die Entscheidung der L. 8 h. t., und endlich die Zulassung einer *exceptio in factum*

1) Donellus XIV. c. 12; Unterholzner I, 149, namentlich Note n; Sintenis, Civilrecht § 108 bei und in Note 43–46; Dietzel a. a. O. S. 138–150; Schwanert a. a. O. S. 341 f.; Machelard l. c. p. 109 sq.; Dückers l. c. p. 56–102; Seydel a. a. O. S. 36–50. Windscheid, Pand. § 289. Z. 5. — Die neueren Schriften überwiegen hier bedeutend, während zu den §§ 47–50 die älteren Schriften vielfach mehr Beachtung beanspruchen können.

concepta bei der sonst der Zahlung gleich wirkenden Novation (L. 20 h. t.) könnten zu der Auffassung verleiten, dass die Zahlung desswegen unwiderruflich sei, weil in ihr eine Anerkennung der Schuld und in der Anerkennung ein Verzicht auf die Einrede enthalten sei ²⁾).

Abgesehen von der Zahlung des paterfamilias, die allerdings überall, wo sie in Beziehung auf eine dem Hausvater als Darlehensschuld des Sohnes bekannte Schuld erfolgt, eine Anerkennung umschliesst (vgl. hierüber den § 50. IV. 1 auf S. 490 flg.), kann der angedeutete Gesichtspunkt nicht als massgebend, nicht einmal als concurrirend anerkannt werden. Er würde nämlich dazu führen, dass da wo im Irrthume gezahlt worden ist die Zahlung, die selbstverständlich unter dieser Voraussetzung kein Anerkenntniss enthalten kann, zurückgefordert werden könnte: diess verneinen aber die oben angeführten Stellen mit Bestimmtheit.

L. 7. § 16 vgl. mit L. 8 h. t.

L. 40 pr. cit. . . . solutum per errorem repetere potest . . .
perperam solutum non repetitur.

L. 14 cit. in fine: Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.

Ebensowenig wäre mit diesem Ausgangspunkte vereinbar, dass die Quellen mehrfach und aufs Bestimmteste als den Grund des Ausschlusses der *condictio indebiti* die Existenz eines *debitum*, einer *naturalis obligatio*, angeben.

L. 19 pr. cond. ind. 12. 6 (Pomponius lib. 22 ad Sabinum):

Si poenae causa ejus cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest.

L. 9. § 4., L. 10 h. t.: Quamquam autem solvendo non repetunt, quia naturalis obligatio manet, tamen . . .

Die oben angedeuteten Thatsachen aber nöthigen keineswegs zur Annahme dieses Ausgangspunktes. Denn die Erörterung der Zahlung in Verbindung mit der Anerkennungsfrage in L. 7. § 15 und flg. h. t. erklärt sich zur Genüge daraus, dass es sich in diesen Fragmenten in erster Linie um Zahlung des Hausvaters handelt (§ 15), für welche der Standpunkt der *ratihabitio aller-*

2) So Donellus XII. c. 28. § 5; Dietzel a. a. O. S. 120 f.

dings berechtigt und von erheblicher Bedeutung ist; aus der bezüglich der Novation getroffenen Entscheidung ferner kann schon deswegen nicht rückgeschlossen werden, weil die Novation nur materiell, nicht auch formell solutionsähnlich ist, und namentlich anders als die Zahlung eine *actio petitiouque* und hiemit dem *Senatus-consulte* Raum zum Eingreifen übrig lässt (vgl. unten II. auf S. 513 fl.); die L. 8 h. t. endlich, welche ein vom Curator irrthümlich zurückgezahltes Darlehen des Haussohnes zurückfordern lässt,

cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit repeti debet (Paul. lib. 30 ad Edict.)

kann wenigstens dahin verstanden werden, dass der Curator im Irrthum darüber zahlt, dass es sich um eine Schuld des Curanden handelt, und ist bei diesem Inhalte durchaus in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen, mit denen sie als unfertiges, aus dem Zusammenhange gerissenes Bruchstück möglichst in Uebereinstimmung gebracht werden muss ³⁾).

2) Die *soluti retentio* setzt gültige Zahlung voraus. Von wem diese gültige Zahlung ausgeht, ist gleichgültig: namentlich braucht auch die Zahlung des noch in *potestate* befindlichen Haussohnes nicht zurückgegeben zu werden, wenn sie nur gültig gemacht worden ist, d. h. wenn der Haussohn die *numi* in das Eigenthum des Gläubigers übertragen konnte.

Darüber lässt

L. 9. § 1 h. t. (Ulp. l. c.)

keinen Zweifel, indem sie die Frage, ob eine vom Haussohne gemachte Zahlung zurückgefordert werden kann, einfach von der Dispositionsbefugniß des Hauskindes über die *numi* abhängig macht und zugleich ein Beispiel anführt, in welchem diese Dispo-

3) Die Stelle macht entschiedene Schwierigkeiten: allein die beiden Auskunftsmittel der Glosse: Verweisung auf die in *integr. rest. propter minorem aetatem* und Annahme, dass der Curator *de suo* gezahlt habe, wollen nirgends ausreichen; Cujacius ferner (*Op. Omn.* V. 439), dem auch Dückers p. 96 beistimmt, weiss nur einen Billigkeitsgrund anzuführen, wenn er darauf aufmerksam macht, dass ohne diese *condictio* der Curator in Schaden käme; die nahe liegende Bezugnahme darauf endlich, dass der mangelnde Regress an den Curanden die Entstehung der *condictio* in der Person des letzteren nicht ermögliche (L. 6 u. 47. *cond. ind.* 12. 6; Brinz, *krit. Blätter* II. S. 27 f.), erklärt nicht, warum in der Person des Curator über das *debitum* hinweggesehen werden soll. Vgl. übrigens auch unten auf S. 512 f.

sitionsbefugniss in Folge Ermächtigung Seitens des Eigenthümers vorhanden ist.

Dagegen ist nach dem Stande der Quellen nicht unzweifelhaft, ob das Hauskind, das ein Peculium und zwar in eigener Verwaltung (*administratio*) hat, eine gegen das *Senatus-consult* verstossende Schuld gültig rückzahlen kann⁴⁾. Eine ausdrückliche Entscheidung ist in den Quellen nicht enthalten: denn wenn auf der einen Seite

L. 7. § 16 h. t. und L. 40 cond. ind. 12. 6 (*Marcianus lib. III. Reg.*)

da, wo sie von der Zahlung durch den Sohn sprechen, einen *filius paterfamilias factus* voraussetzen, so ist hiemit nicht gesagt, dass die Lösung der Gewalt die nothwendige Voraussetzung der betreffenden Entscheidungen bilde. Und wenn auf der andern Seite in

L. 9. § 3 h. t.

der Zahlung des *filius* gedacht ist, ohne den Beisatz »*paterfamilias factus*«, so ist dessenungeachtet und ungeachtet der unmittelbar vorausgehenden und der nachfolgenden Beziehung des Paragraphen auf einen *filiusfamilias* doch wenigstens nicht unmöglich, dass der *filius*, von dessen Zahlung die Rede ist, zur Zeit der Zahlung selbstständig geworden war. Es kömmt also auf allgemeinere Erwägungen an, diese aber führen auf die Bejahung der aufgeworfenen Frage. Die Befugniss zu der *administratio* gibt nämlich die Befugniss zu Zahlungen eigener wie fremder Schulden: soferne nur nicht in der Zahlung ein Liberalitätsakt — eine *donatio* in dem weiteren Sinne, den hier die Quellen substituiren — enthalten ist⁵⁾. Ein Liberalitätsakt aber lässt sich in der Bezahlung einer eigenen, wenn auch unklagbaren Schuld selbst dann nicht finden, wenn der Zahlende weiss, dass er nicht belangt werden könnte.

arg. L. 19. § 4. don. 39. 5. (*Ulp. lib. 76. ad Ed.*)

Es müsste also, sollte die aufgeworfene Frage nicht bejaht werden

4) Die Frage wird regelmässig verneint: *Donellus XII. c. 28. § 13 u. 14*; *Schwanert a. a. O. S. 352*; *Dietzel a. a. O. S. 122*; *Dückers p. 95 u. 96*.

5) Hierüber sind die Ausführungen des zweiten Buches zu vergleichen, aus denen sich namentlich auch ergeben wird, dass ein Zusammenhang der Schuld mit dem Peculium nicht verlangt werden kann.

dürfen, ein besonderer Grund die an sich schlüssige Folgerung unmöglich machen. An einem solchen Grunde fehlt es aber und sind im Gegentheile nicht ungewichtige Gründe für die Festhaltung an der aus jenem Vordersatze sich ergebenden Bestimmung vorhanden. Dahin gehört einmal der Umstand, dass die angeführte L. 9. § 1. h. t. als Entscheidungsgrund Vorhandensein oder Mangel der Veräußerungsmacht auführt:

alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, conditionem . . . competere;

gerade die Einräumung der Alienationsmacht aber wiederholt und principiell als der Inhalt der Einräumung der administratio peculii aufgeführt wird.

L. 18. § 4. pign. act. 13. 7. (Paulus lib. 29. ad Edict.);

L. 12. quae in fraudem 42. 8. (Marcellus lib. 18. Dig.)

u. s. f.

Weiterhin der Umstand, dass der quellenmässige Grund der soluti retentio:

quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. (L. 9. § 4. h. t.)

bei dem Haussohne durante potestate ebenso gut zutrifft, als nach Beseitigung der potestas oder als bei dem Hausvater und Intercedenten. Und endlich die Thatsache, dass in der L. 9. § 4. h. t. auf die Gültigkeit der Zahlungen des filius als auf einen unbedingt feststehenden und allgemein anerkannten Satz recurriert wird — in einer Umgebung und Verbindung, in welcher dieser Satz jedenfalls zunächst nicht auf den filius paterfamilias factus, sondern auf den filiusfamilias bezogen werden muss, in welcher also Ulpian alle Veranlassung gehabt hätte, die Voraussetzung der Lösung der potestas, wenn solche bestand, hervorzuheben.

Unmöglich freilich und ohne Vorgang wäre die Einschränkung der Administrationsbefugniss nach dieser einen Richtung hin nicht: wie denn aus

L. 3. § 2. h. t. vgl. mit L. 6. si quid in fraud. patr. 38. 5.

(Julianus lib. 26. Dig.)

erhellt, dass durch die Annahme einer dolosen Umgehung der allgemeinen Schranken der Administrationsbefugniss, aus

L. 1. § 1. quae res pign. 20. 3. (Marcianus lib. sing. ad form. hyp.), L. 12. quae in fraud. cred. 42. 8. (Marcellus lib. 18. Digest.) vgl. mit L. 46. pec. 15. 1. (Paulus lib. 60. ad Ed.)

dass durch Recurriren auf die Grundlage jeder Administrationsbefugniß, die Ermächtigung des Gewalthabers, die Befugniß des Peculieninhabers nach Bedürfniss einzuengen verstanden wird. Wenn es dennoch nicht geschehen ist, so muss der Grund darin gelegen sein, dass die Jurisprudenz nach dieser Richtung hin ein Hinausgehen über den unmittelbaren Inhalt des Senatusconsultes — Versagung der actio de peculio — durch den Zweck des Senatusconsultes nicht für geboten erachtete. Fragt es sich dann, warum die Jurisprudenz von dieser Anschauung ausgehen zu müssen glaubte: so ist es wohl gerechtfertigt, auf dieselben Momente zu verweisen, die überhaupt darauf geführt haben, die soluti retentio zu gestatten, also des Senatusconsultes unerachtet eine Obligatio naturalis anzuerkennen. Möglich selbst und nicht unwahrscheinlich, dass diese Gründe gerade in Beziehung auf Zahlungen des Haussohnes ex peculio zuerst und am Entschiedensten gewirkt haben und dass der Wunsch, solche Zahlungen unanfechtbar zu wissen, vorzugsweise auf die Statuirung einer Naturalobligation ex mutuo geführt hat. (vgl. hierüber oben im § 49. unter II; namentlich auf S. 473 flg.)

3) Die solutio ist, wie sonst, nur gültig, wenn sie das Eigenthum an den numi zu übertragen vermag; diess aber ist, soweit das Hauskind selbst zahlt, nicht der Fall, wenn ex re patris oder aus einem peculium gezahlt wird, das nicht in der libera administratio des Kindes steht. Ist diess der Fall, und sind

a) die numi noch vorhanden, so entsteht die Frage: ob solche vindizirt werden können?

Die Vindicatio kann selbstverständlich zunächst nur dem Hausvater zustehen, und in der Person des zahlenden Hauskindes erst nach Lösung der Gewalt in Frage stehen.

Der Hausvater nun kann vindiziren, ohne dass ihm eine exceptio entgegenstehen würde:

L. 14. rebus creditis 12. 1. (Ulp. lib. 29. ad Edictum): Si filius familias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur.

— in voller Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen: denn die naturale Schuld des filius familias ist nicht Schuld des Hausvaters, da ihn die Schulden des Hauskindes nur durch die bei solchen Geschäften versagte adjectizische Haftung berühren. Es kann also auch an die exceptio doli als Compensationseinrede nicht gedacht werden. Ebenso wenig aber ergreift der von dem Hauskinde unbefugt vorgenommene Veräusserungsvertrag den Hausvater in der Weise, dass demselben eine exceptio rei solutae et traditae entgegengehalten werden dürfte.

Der gewesene Haussohn dagegen, auf den die vindicatio bei der Lösung der Gewalt durch Erbgang oder Ueberlassung des Peculium übergegangen sein kann, muss sich die exceptio gefallen lassen:

L. 26. § 9. cond. ind. 12. 6. (Ulp. lib. 26. ad Edict.): Filius familias contra Senatusconsultum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.

Auch diess harmonirt mit den allgemeinen Grundsätzen: gleichviel ob diese exceptio (doli) die Funktion der Compensationseinrede oder der exceptio rei solutae et traditae hat.

b) Sind die numi consumirt, so können — und zwar zunächst wiederum nur für den Hausvater — mehrere Klagen in Frage kommen:

a) unter der Voraussetzung irrthümlicher Zahlung die *condictio indebiti*.

Indessen liegt auf der Hand, dass die *condictio indebiti* dem Hausvater nur aus der Person des Hauskindes zustehen könnte, das gezahlt hat, d. h. dass sie nur begründet sein könnte, wenn sie in der Person des Hauskindes begründet wäre. Diess ist aber nicht der Fall: denn das Hauskind zahlt ein debitum (vgl. Ziff. 1.). Diess und nichts Weiteres sagt in ihrem weiteren Wortlaute die unter a. angeführte

L. 14. reb. cred. ... Sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare conductionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset: in proposito autem non esset. denique per errorem

soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem ⁶⁾).

Denn hier nimmt Ulpian Bezug auf einen Ausspruch des Marcellus, der von Vorneherein unter den hier in Frage stehenden Condiktionen nur die *condictio indebiti* treffen kann, und hebt in eigener Bemerkung diese ausschliessliche Beziehung auf die *condictio indebiti* noch ausdrücklich hervor:

denique per errorem soluti....

Letzteres wird keiner weiteren Erörterung bedürfen. In ersterer Beziehung aber mag ins Auge gefasst werden, dass Marcellus einfach sagt: die *condictio* könne nur da gegeben werden, wo, wenn es nicht anfänglich am Eigenthumsübergange gefehlt haben würde, von Anfang an eine Klage begründet gewesen wäre; dass diese Regel der Natur der Sache nach da Anwendung beansprucht und auch wirklich zutreffend ist, wo die Consumtion ein mangelndes

6) Ueber L. 14. reb. cred. und die unter *ß*) abgedruckte L. 9. § 1 ad SC. Maced., sowie über das gegenseitige Verhältniss der beiden Stellen sind sehr verschiedene Ansichten aufgestellt worden. Die von Altersher überwiegende Ansicht setzt in der L. 14 bona fide erfolgende, in der L. 9. § 1 mala fide erfolgende Consumtion voraus, wobei dann nicht selten die in der letzteren genannte Condiktion direkt als *condictio furtiva* aufgefasst und die Worte »ex omni eventu« daraus erklärt werden, dass die *condictio furtiva numi extantes* wie *consumti* umfasse (Schol. 3. 5. 7 zu Bas. XIII. c. 1. § 14; Glosse zu L. 9. § 1 v. Ex omni eventu; Donellus XII. c. 28. § 14; und Tom. X. 234 f.; Glück XIV. 317 f.; Unterholzner I. S. 149. Note u; Witte, Bereicherungsklagen S. 299 f.; Machelard, Des obl. nat. p. 116 sq.; Windscheid, Pandekten § 373. N. 16; Seydel a. a. O. S. 39 f.). Seltener wird die L. 14 cit. auf die *condictio ex mutuo* bezogen, in welchem Falle dann die L. 9. § 1 die alleinige und unbeschränkte Regel enthalten würde (Hinweisung auf solche Ansichten schon in Schol. 7 zu der cit. Stelle der Bas. und in der citirten Stelle der Glosse; vgl. ausserdem die von Glück XIV. 319 angeführten älteren Schriftsteller; Sintenis § 108. Note 43). Häufiger wird, namentlich in neuerer Zeit, Unvereinbarkeit der beiden Stellen angenommen, und, soweit nicht durch Textänderung geholfen werden will (Puchta, Vorles. zu § 306, Schwanert S. 195), aus unter sich verschiedenen Gründen bald der L. 14 den Vorzug gegeben (Brinz, Pand. S. 394, Schwanert a. a. O. S. 195; Dietzel a. a. O. S. 123 f.; Dückers p. 89 sq.; Ryck a. a. O. S. 105), bald der L. 9. § 1 cit. (Voigt, Condiktionen S. 753). Weitere dogmengeschichtliche Notizen finden sich bei Glück a. a. O. und Dückers l. c. Die im Texte vertretene Ansicht findet in Bez. auf einzelne Argumente Unterstützung bei Donellus l. c.

Requisit eines anderen vorausgehenden Thatbestandes ergänzen soll, wie namentlich bei der *condictio ex mutuo*

L. 11. § 2. — L. 13. § 2. reb. cred. 12. 1. u. a. m.

und auch bei der *condictio indebiti*;

arg. L. 19. § 1. e. t.; dann L. 14. § 8., L. 17. solut. 46. 3. u. a. m.

dass dagegen von einer Anwendbarkeit dieser Regel da keine Rede sein kann, wo kein Thatbestand in Frage ist, zu dessen Vollständigkeit der Eigenthumsübergang gehört, wo desshalb auch von einer Ergänzung desselben durch Consumtion nicht die Rede sein kann, wo letztere im Gegentheil den principalen Bestandtheil des Thatbestandes darstellt wie in den Fällen der

L. 18. § 1. und L. 23. reb. cred. 12. 1., L. 30. pr. a. e. v.

19. 1. und namentlich von L. 29. cond. ind. 12. 6.,

also eben in denjenigen Fällen der *condictio sine causa*, in welchen die Thatsache der Bereicherung (Consumtion) ohne rechtlich relevante Zustimmung des Beschädigten den Grund der Condiktion abgibt.

Ob Marcellus das Princip in weiterem Umfange angewendet wissen wollte oder annahm, dass im concreten Falle nur die *condictio indebiti* in Frage stehe; oder ob der Satz des Marcellus im ursprünglichen Zusammenhange keine specielle Beziehung zu der concreten vorliegenden Frage hatte, und von Ulpian nur in diese Verbindung gebracht wird, um die von ihm beabsichtigte Zurückweisung der *condictio indebiti* zu fundiren — hiefür würde die Einleitung des Schlusssatzes mit »Denique . . magis est« sprechen — lässt sich wohl mit Bestimmtheit nicht sagen (vgl. auch die Varianten: in proposito autem non esset und non esse). Es möchte diess indessen, wenn auch nicht für die Entwicklungsgeschichte der Condiktionen, so doch hieher bedeutungslos sein: denn Ulpian hat durch seinen Schlusssatz so deutlich als möglich ausgesprochen, dass er der marzellischen Regel im gegebenen Falle nur für die *condictio indebiti* Bedeutung beimesse.

β) die *condictio sine causa*.

Diese Klage stützt sich nicht auf die Thatsache der irrthümlichen Zahlung, sondern darauf, dass der Gläubiger durch die Consumtion Werthe ohne Rechtsgrund und ohne Ermächtigung des

Eigenthümers in sein Vermögen gebracht hat. Sie wird deshalb, wenn überhaupt begründet, dem Hausvater nicht *ex persona filii* erworben, und kann ihr folgeweise die Existenz einer Naturalobligation des Haussohnes nicht im Wege stehen. Dass sie aber begründet ist, beweist

L. 9. § 1. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edictum): Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Julianus .. si simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo si solverit, conditionem patri ex omni eventu competere.

Denn in dieser Stelle spricht sich Ulpian, hier unter Berufung auf Julian, bestimmt für Zuständigkeit einer *condictio* aus.

Dass diese *condictio* die *condictio indebiti* wäre, ist aus der Stelle nicht zu entnehmen, und mit der demselben Buche desselben Ediktscommentars entnommenen L. 14. reb. ered. (vgl. oben lit. α) nicht zu vereinigen.

Sie muss also auf eine andere Art von *Condiktionen* bezogen werden, d. h. nach Lage der Sache auf die *condictio sine causa* im engeren Sinne oder die *condictio furtiva*. Letztere würde unter allen Umständen *mala fides* des consumirenden Gläubigers (*furtum*) voraussetzen, während die *condictio sine causa* an und für sich bei jeder Art von Consumtion zulässig ist. Die hieraus resultirende Frage: ob die angeführte L. 9. § 1. *mala fides* bei der Consumtion voraussetze, ist nun mit Entschiedenheit zu verneinen. Die *mala fides* des Gläubigers könnte nur in dem Bewusstsein liegen, dass der zahlende Haussohn nicht zur Disposition über die zur Zahlung verwendeten numi berechtigt sei; dieses Bewusstsein aber kann, namentlich wenn die unter Z. 2. vertretene Ansicht richtig ist, unmöglich so regelmässig vorhanden sein, dass es vorausgesetzt und dass ohne grobe Unrichtigkeit auf die Frage: an pater vindicare vel repetere possit? einfach mit »*conditionem competere patri*« geantwortet werden könnte. Dazu kommt dem Beisatz »*ex omni eventu*« in der Antwort:

et ideo, si solverit, *conditionem patri ex omni eventu competere*.

Denn wenn es auch nicht wohl thunlich ist, eine bestimmte

Beziehung desselben mit Sicherheit nachzuweisen — auf Existenz und Consumtion der numi, oder auf gutgläubige und bösgläubige Consumtion u. s. f. — so verstärkt er doch jedenfalls die Antwort und würde deren Unrichtigkeit, bei Haftung nur ex uno eventu, entschieden noch mehr hervortreten lassen.

Die sehr gewöhnliche Annahme, dass L. 9. § 1. h. t. mala fides des consumirenden Gläubigers voraussetze, wäre denn auch wohl nicht entstanden, wenn nicht einmal die L. 14. reb. cred. (vgl. lit. α) auch auf die *condictio sine causa* bezogen, und weiterhin in unbedingter Zulassung der *condictio* ein Verstoß gegen feststehende allgemeine Grundsätze gesehen worden wäre. Das erste Bedenken sollte durch die unter lit. α. versuchte Erklärung der cit. L. 14. beseitigt sein. Das zweite Bedenken ist insoferne begründet als allerdings Zahlungen Seitens eines veräußerungsunfähigen Schuldners mit eigenen numi und ebenso Zahlungen eines veräußerungsfähigen Schuldners mit fremden numi wirksam werden, sobald der Empfänger die numi bona fide consumirt hat; diese Liberation durch Consumtion aber einer Seits voraussetzt und anderer Seits zur Folge hat, dass von einer *Condictio* gegen den Empfänger, der bona fide consumirt hat, nicht die Rede sein kann.

L. 19. § 1. reb. cred. 12. 1. (Julianus lib. 10. Dig.)

L. 9. § 2. auct. et cons. tut. 26. 8. (Gajus lib. 12. ad Ed. prov.)

L. 17. solut. 46. 3. (Pomponius lib. 19. ad Sab.; mit Berufung auf Cassius)

L. 14. § 8. e. t. (Ulp. lib. 30. ad Sabinum)

Ob nun der *filiusfamilias* als veräußerungsunfähig betrachtet und dem *pupillus*, *furiosus* u. dgl. gleichgestellt oder ob der Mangel der Dispositionsbefugniß über die numi in den Vordergrund gestellt werden will: immer scheinen Consequenz und Analogie zur Verweigerung der *Condictio* im Falle der bona fide erfolgten Consumtion zu nöthigen. Indessen ist diess doch nur scheinbar der Fall. Denn wenn der *pupillus* und der *furiosus* nach der Consumtion der numi keine *Condictio* haben, so sind sie für den abhanden gekommenen Werth durch die Befreiung von ihrer Schuld entschädigt, und wenn die Eigenthümer der von einem dritten Schuldner gezahlten *alieni numi* nach gutgläubiger Consumtion durch den

Empfänger keine *Condictio* gegen letzteren anstellen können, so haben sie statt Dessen wenigstens in der Regel eine Ersatzklage gegen Denjenigen, der mit ihren *numi* gezahlt und dadurch deren Werth in sein Vermögen gebracht hat.

vgl. einer Seits L. 18. § 1. reb. cred. 12. 1. (Ulp. lib. 7. Disp.); L. 30. pr. in fine a. e. v. 19. 1. (Africanus lib. 8. Quaest.) u. s. f.

anderer Seits L. 78. solut. 46. 3. (Javolenus lib. 11. ex Cassio).

An dieser Entschädigung aber, die unmittelbar durch die *Consumtion* vor sich geht oder in ihrem Gefolge entsteht, fehlt es hier vollständig: denn die bezahlte Schuld ist nicht Schuld des *paterfamilias*, und ein Ersatzanspruch an den Haussohn für den Hausvater, abgesehen von der *Peculien*berechnung, werthlos. Es ist also begreiflich, wenn in den hier in Frage stehenden Fällen ein Unterschied zwischen gutgläubiger und bösgläubiger *Consumtion* nicht gemacht und *ex omni eventu* die *Condictio* dem Hausvater zugewilligt wird.

γ) rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio furtiva,

wenn der Empfänger *mala fide*, d. h. im Bewusstsein, dass der zahlende Haussohn über die *numi* nicht verfügen konnte, solche consumirte. Diess lässt sich zwar speciell für die Heimzahlung eines gegen das *Senatusconsult* verstossenden Darlehens nicht belegen, ergibt sich aber mit Sicherheit aus den allgemeinen Grundsätzen.

Schliesslich mag bemerkt werden, dass die erörterten Ansprüche des Hausvaters (*β* und *γ*), wenn sie auf den *filiusfamilias* übergehen — etwa durch Erbgang — zweifellos mit Erfolg nicht geltend gemacht werden können,

arg. L. 26. § 9. cond. 12. 6. (vgl. lit. a. am Schlusse).

II. Die Möglichkeit der *Novation*.

Die im Widerspruche mit dem *Senatusconsulte* begründete Schuld kann *novirt* werden und zwar von Seiten des Haussohnes wie des Hausvaters oder eines Dritten, während Dauer der Gewalt wie nach Lösung derselben, zwischen den ursprünglichen Interessenten wie unter Hereinziehung eines neuen Gläubigers oder eines neuen Schuldners.

Diess ist theilweise schon durch die bisherigen Erörterungen belegt (vgl. § 50. IV. 2 auf S. 491 fig.), jedenfalls aber durch eine Anzahl sich ergänzender Stellen

L. 20. h. t. (Pomponius lib. 5. Senatuscons.); L. 19. nov. 46. 2. (Paulus lib. 69. ad Edictum); L. 2. C. h. t. (Impp. Severus et Antoninus A.A. Sophiae); vgl. auch L. 7. pr., § 1., § 7. h. t. (Ulp. lib. 29. ad Edict.)

ausser allen Zweifel gesetzt.

Auch die allein zweifelhafte Frage, ob und in wie weit der durch die Novation neugeschaffenen Obligation das Senatusconsult beziehungsweise die exceptio Senatusconsulti Macedoniani ebenfalls entgegenstehe? und die hiemit zusammenhängende Frage, ob zur Creirung einer exceptionsfreien Obligation durch Novation eine bestimmte Willensrichtung (Verzichts - Anerkennungswille) des novirenden Schuldners erforderlich sei? ist an mehreren Punkten der bisherigen Darstellung berührt (vgl. namentlich S. 490 fl.), bedarf übrigens allerdings noch einer eingehenderen Erörterung. Dieselbe soll beginnen

1) mit der Novation, welche der gewaltfrei gewordene Haussohn vornimmt, und zwar ohne Hereinziehung eines neuen Gläubigers oder Schuldners. Denn für diesen anscheinend einfachsten Fall, dessen Entscheidung dieselbe Frage zugleich für die Mehrzahl der anderen Fälle entscheiden muss, liegen specielle Quellenbelege vor, die nicht wenig Schwierigkeiten machen. Die eine derselben, die

L. 2. C. h. t. (Impp. Severus et Antoninus A.A. Sophiae) erregt allerdings zunächst keinerlei Bedenken: denn sie constatirt, dass der Novationsobligation gegenüber, welche der filiusfamilias suae potestatis constitutus contrahirt habe, das Senatusconsult cessire; diess aber scheint mit den allgemeinen Grundsätzen, wie auch solche aufgefasst werden mögen, zu harmoniren. Wenn dagegen die

L. 20. h. t. (Pomponius lib. 5. Senatusconsultorum) Si is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

die Exceptionsfreiheit der neuen Obligation davon abhängig zu

machen scheint, dass nicht im faktischen (entschuldbaren) Irrthume novirt worden ist: so will sich diess weder mit der L. 2. C. cit. noch mit den allgemeinen Grundsätzen ⁷⁾ in Uebereinstimmung bringen lassen.

Geht man mit der älteren Jurisprudenz davon aus, dass die durch Novation begründete Obligation von der prior obligatio, sobald nur eine solche existire, unabhängig sei und dass namentlich die bisherigen Vertheidigungsmittel des Schuldners durch die Novation definitiv beseitigt werden: so lässt sich nicht absehen, aus welchem Grunde sich diess mit der exceptio Senatusconsulti Macedoniani, wenn auch nur unter den in der L. 20. citirten Voraussetzungen und in der dort angedeuteten Form, anders verhalten sollte. Wird davon ausgegangen, dass die posterior obligatio unter denselben Voraussetzungen durch condictio und exceptio angefochten werden könne, unter denen sonst condictiones sine causa, namentlich die condictio indebiti, anstellbar sind: so steht der Consequenz der in der citirten L. 20. getroffenen Entscheidung der Umstand entgegen, dass das in Frage stehende Darlehen eine naturalis obligatio erzeugt, also von einem indebite promissum, das auf Grund entschuldaren Irrthumes beseitigt werden könnte, nicht gesprochen werden kann. Und wenn neuerdings entweder allgemein oder wenigstens für gewisse Arten von Novationsstipulationen die Fortdauer der alten Einreden, auf die nicht ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet worden, behauptet wird, so ist auch mit diesem Ausgangspunkte die Entscheidung nicht zu vereinigen: denn jene Ansicht beruht auf der Erwägung, dass bei der Novation nur von Neuem versprochen werde, was schon geschuldet sei, und eine per exceptionem elidirbare Schuld keine Schuld sei. Diese Argumentation aber ist

7) Auf die noch ziemlich schwankenden Ansichten über das Verhältniss der durch Novation geschaffenen Obligation zu der prior obligatio und speciell zu den letzterer entgegenstehenden Einreden soll hier nicht eingegangen und mag dagegen verwiesen werden a) für die ältere Ansicht auf: Keller, Pandekten S. 593; Seuffert, Pandekten § 294; b) für die Ansicht, welche die Einrede als Grundlage der Anfechtung nach dem Rechte der Voraussetzung berücksichtigt, auf: Römer, die bedingte Novation S. 40 ff., Windscheid § 355. Z. 2; c) für die Ansicht, welche die Einreden berücksichtigt, weil sie die Grundlage der nova obligatio, nemlich die prior obligatio, zerstören, auf: Salpius, Novation und Delegation S. 274 f., Salkowski, Novation S. 393 f.; Vangerow, Pandekten (7. Aufl.) Anm. 1 zu § 619 und daselbst weitere Literatur.

da, wo ein debitum vorliegt und die exceptio nur die actio, nicht das debitum zu beseitigen vermag, offensichtlich unzutreffend.

Nur wenn sich der Uebergang der Einrede auf andere Weise begründen liesse, so dass jede nicht durch Verzicht beseitigte Einrede ohne Rücksicht darauf, ob sie eine naturalis obligatio übrig lässt oder nicht, der Novationsobligatio gegenüber geltend gemacht werden könnte, mit anderen Worten: nur wenn ausschliesslich der Gesichtspunkt des Verzichtes (der Anerkennung) massgebend wäre, liesse sich die Entscheidung vertheidigen. Allein jene Voraussetzung trifft eben, obgleich sie einen äusseren Anhaltspunkt auch in der L. 2. C. cit. hat,

novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum in keiner Weise zu: wie sie denn mit dem Wesen der Novation in entschiedenem Widerspruche steht.

Bei dieser Sachlage, und da der Versuch, die L. 20. als interpolirt darzustellen, der nöthigen Unterlagen entbehrt, bleibt nur eine doppelte Möglichkeit. Entweder nämlich geht man davon aus, dass Pomponius, der allerdings die Existenz einer Naturschuld ex mutuo filiifamilias in Beziehung auf die repetitio soluti anerkennt (L. 19. pr. cond. ind. 12. 6.), solche in der hier fraglichen Beziehung nicht berücksichtigt hat — was keineswegs unmöglich ist, wenn bedacht wird, dass die Anerkennung der einzelnen Folgesätze der naturalis obligatio nur allmählig vor sich gegangen ist, und dass es nach L. 9. § 4. h. t. einer ungefähr gleichzeitigen hadrianischen Constitution bedurfte, um die condictio indebiti der für ein solches Darlehen haftbar gewordenen Bürgen auszuschliessen. Dürfte diess angenommen werden, so wäre Pomponius, der auch sonst für die Ausbildung der condictio promissi thätig gewesen zu sein scheint (L. 5. § 1. a. e. v. 19. 1.; L. 16. § 2. min. 4. 4.), mit sich und den allgemeinen Grundsätzen in Uebereinstimmung geblieben, wenn er die exceptio unter den Voraussetzungen gibt, unter denen die condictio indebiti statthaft wäre, und wenn er die Einrede nicht als exceptio Senatusconsulti Macedoniani, sondern als in factum exceptio formulirt und betitelt.

Oder aber es wird der L. 20 cit. durch Auslegung ein anderer als der nächstliegende Inhalt abzugewinnen versucht; nämlich angenommen, dass die Worte »per ignorantiam facti« nicht auf fakti-

schen Irrthum überhaupt, sondern auf einen bestimmten faktischen Inhalt hinweisen, wie wenn es hiesse »per ignorantiam hujus facti«. Wird vorausgesetzt, dass der nomirende Schuldner sich irrthümlich noch für einen Haussohn hält, also eine Novation abzuschliessen vermeint, welche die exceptio nicht zu alteriren vermag, so ist es erklärlich, wenn ex aequitate der Stipulationsklage gegenüber eine Einrede gegeben wird, die nicht die beseitigte exceptio Senatus-consulti Macedoniani ist, aber dem Schuldner den Schutz zu verschaffen bestimmt ist, den ihm diese Einrede gegeben haben würde und welchen er der Novation unerachtet als Haussohn fortdauernd zu geniessen vermeinte. Die exceptio in factum der L. 20 wäre dann ihrer Grundlage nach eine exceptio doli, durch ihre Formulirung aber — die den Irrthum des nomirenden Schuldners, filiumfamilias esse, hervorzuheben hätte — allerdings von solcher verschieden⁸⁾).

Welche dieser Annahmen übrigens auch vorzuziehen sein mag,

8) In Auslegung der im Texte besprochenen L. 20 erörtert die Jurisprudenz vorwiegend die Frage, wie sich ein error in facto, namentlich ein entschuldbarer error in facto, unter den gegebenen Verhältnissen denken lasse vgl. z. B. Glosse im Casus und zu den Worten: per ignorantiam facti; Donellus XII. 28. § 9 (Tom. III. 713 sq.); Mühlenbruch, im Archiv für civ. Praxis II. 429 und Renaud a. d. O. XXIX. 487; Machelard, Des oblig. nat. p. 121 sq.; Römer, die bedingte Novation S. 45 und 46; Dückers l. c. p. 84 u. 85, woselbst noch anderweite Literatur citirt ist. Hiebei tritt die Frage, wie sich die Entscheidung zu den allgemeinen Grundsätzen verhalte, sehr zurück; doch weist z. B. Cujacius VII. 110 auf den Unterschied zwischen Zahlung und Promissio hin, während Mühlenbruch a. a. O. im Gegentheile aus der L. 20 cit. einen ähnlichen Satz auch für die Zahlung eines naturale debitum ableiten zu können vermeint. Entschiedener macht sich diese Schwierigkeit geltend bei Salpius, Novation und Delegation S. 283 ff. und namentlich S. 303 ff., und bei Salkowski, Novation S. 395 ff. Ersterer sucht dadurch zu helfen, dass er die Worte »per ignorantiam facti novatione facta« für eine Interpolation erklärt — im Zusammenhange mit seinen nicht ausreichend unterstützten Aufstellungen einer Seite über die Entwicklung des Novationsbegriffes und anderer Seite über die Entwicklung der conditio promissi. Letzterer denkt daran, dass Pomponius dem Irrthume bei Zahlung resp. Promission eines naturale debitum eine grössere, der naturalis obligatio eine geringere Bedeutung beigemessen haben könne, als die spätere Jurisprudenz. Vgl. auch noch Dietzel a. a. O. S. 135; Schwanert, Naturalobl. S. 355 u. 356; Witte, Bereicherungsklagen S. 186 und Krit. ViertelJ.Schrift VIII. 213 ff., an welch' letzterem Orte der Irrthum des Sohnes auf die Gewaltfreiheit beschränkt wird, wie diess schon früher in dem Casus der Glosse und bei Machelard l. c. geschehen war.

jedenfalls kann die besprochene L. 20 h. t. die aus L. 2 C. cit. sich ergebende Regel nicht alteriren: die Regel nämlich, dass die Novation des gewaltfrei gewordenen Haussohnes eine klagbare und exceptionsfreie Schuld erzeuge, und dass dieses Resultat im Allgemeinen nicht bedingt ist durch den auf die Beseitigung der Einrede gerichteten Willen des novirenden Schuldners.

2) Bezüglich derjenigen Novationen, welche der Haussohn *durante potestate* und zwar einem neuen Gläubiger gegenüber vornimmt, also bezüglich der mit Novation verbundenen Delegation des Haussohnes findet sich eine Entscheidung in

L. 19 nov. 46. 2 (Paulus lib. 69 ad Edictum)

und zwar dahin gehend, dass dem neuen Gläubiger gegenüber die Einrede des *Senatusconsultes* nicht entgegengehalten werden kann.

Dass diess die Berücksichtigung des *Senatusconsultes* nicht hindert, wenn in fraudem desselben novirt worden ist, ist in § 50 II. 2 (auf S. 484 fl.) ausgeführt worden.

Dass es aber ebensowenig nöthigt, auch bei Novation ohne Aenderungen in den Personen die *exceptio* auszuschliessen, ist in demselben § IV. 2. b (auf S. 499 f.) bemerkt worden.

3) Bei Novation Seitens des *paterfamilias* kommt weiterhin die Fähigkeit, durch Anerkennung des Geschäftes solches dem *Senatusconsulte* zu entziehen (vgl. den § 50. IV. 1 auf S. 490 u. 491), in Betracht, und bei Novation unter Eintritt eines anderen Schuldners (*expromissio*) die mögliche, aber durch das *Senatusconsult* ausgeschlossene Rückwirkung auf Haussohn und Hausvater (vgl. den § 50. I. Z. 3. — auf S. 476 flg.).

Unter Berücksichtigung aller dieser Sätze beziehungsweise Ausgangspunkte, sowie der unter Ziff. 1 und 2 hervorgehobenen speziellen Quellenentscheidungen lässt sich nun auf die aufgeworfene Frage folgende erschöpfende Antwort geben:

a) wenn *durante potestate* novirt wird, und zwar durch Uebernahme einer neuen Verpflichtung Seitens des Haussohnes gegenüber dem bisherigen Gläubiger, so steht auch dem neu begründeten Anspruche die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* entgegen: ohne dass das Wissen und Wollen des Haussohnes oder des Gläubigers in Betracht käme. Uebernimmt dagegen der Haussohn die Verpflichtung einem neuen Gläubiger (*delegatarius*) gegenüber:

so ist die *exceptio* ausgeschlossen — ausgenommen es liesse sich die Absicht der Umgehung des Verbotes bei *Delegatarius* und Haussohn nachweisen.

Wird dagegen *durante potestate* novirt durch den Hausvater, der weiss, dass die *prior obligatio* eine Darlehensschuld des Sohnes ist, so wird das Darlehen überhaupt, also auch die neue Obligation, dem *Senatusconsulte* entzogen. Fehlt es an diesem Wissen des Hausvaters, so kann doch der neuen Obligation die *exceptio Senatusconsulti Macedoniani* nicht entgegengehalten werden, und zwar ohne Unterschied zwischen einfacher Novation und Delegation: denn an eine *fraus contra Senatusconsultum* lässt sich, wenn der Hausvater die Schuld nicht als Darlehensschuld des Sohnes kennt, nicht denken.

Wird endlich durch einen Dritten (*expromissor*) novirt, so kommt es darauf an, ob solcher bei der *Expromission* entweder auf die Geltendmachung der Einrede oder auf die Regressnahme verzichtet hat. Ist das eine oder das andere der Fall, so steht ihm die *exceptio* nicht zu — während sie anderen Falles allerdings begründet ist. Erfolgt übrigens die *expromissio* mit Vorwissen des Hausvaters, so kann sich in ihr die Genehmigung des Darlehens aussprechen und hiemit die Anwendbarkeit des *Senatusconsultes* überhaupt ausgeschlossen werden.

b) Wenn nach Lösung der *potestas* novirt wird, so ist wieder zu unterscheiden.

Novirt der gewesene Haussohn, so steht dem Schuldner die Einrede nicht zu, ohne dass es auf den Unterschied zwischen Novation und Delegation, auf Wissen und Willen des novirenden Schuldners ankäme. Nur dann wenn der gewesene Haussohn dem bisherigen Gläubiger gegenüber stipulirt, in der irrthümlichen Annahme, noch Haussohn zu sein, hat er eine Einrede.

Novirt der gewesene Hausvater, so ist die Einrede unbedingt ausgeschlossen. Uebrigens ist der Hausvater, wenn er selbst nicht, auch nicht de *peculio*, verhaftet ist, den *Intercedenten* gleich zu beurtheilen.

Novirt endlich ein Dritter, so trifft die unter a) am Schlusse gegebene Entscheidung zu.

III. Die Möglichkeit der Sicherstellung durch Bürgschaft und Pfand.

Dass Bürgen und Mandatoren sichernd zu der Darlehensschuld des Haussohnes hinzutreten können und dass ebenso für solche Pfänder bestellt werden können, ergibt sich aus den Stellen, welche im § 50. I. 3 (S. 476 flg.) angeführt worden sind.

An demselben Orte ist auch ausgeführt, in wieferne die *exceptio Senatusconsulti* dem Intercedenten beziehungsweise Pfandbesitzer zukömmt, woraus sich von selbst ergibt, dass und nach welcher Richtung hin die Verzichtsabsicht von Bedeutung ist.

Ausserdem mag bemerkt werden, dass in der Stellung eines Bürgen beziehungsweise in der Pfandbestellung Seitens des Hausvaters eine das *Senatusconsult* überhaupt beseitigende Anerkennung liegen kann (vgl. hierüber S. 456 fl., 490 flg.); dass die Pfand- und wohl auch die Bürgenbestellung nur Seitens des *filius paterfamilias factus* die Einrede des *Senatusconsultes* ganz oder theilweise zu beseitigen vermag (vgl. hierüber den § 50. IV. 2 auf S. 491 flg.); und endlich dass die Fähigkeit und Befugniss des Haussohnes, *durante potestate* Pfandrechte zu bestellen, sich nach Massgabe der oben unter I. 2 und 3 bezüglich der Zahlung entwickelten Grundsätze bestimmt — in welch' letzterer Beziehung

L. 4 C. h. t. (*Impp. Severus et Antoninus A.A. Cyrillae*)

eine spezielle Bestätigung ergibt.

Weitere Detailsätze, in denen die Existenz eines Obligationsverhältnisses (*naturalis obligatio*) sich geltend macht, sind in den Quellen nicht enthalten: wenn nicht die Möglichkeit der Anerkennung durch den Hausvater (vgl. den § 50. IV. 1) auch hieher gerechnet werden will. Hiemit ist indess nicht gesagt, dass die Existenz einer Obligation nicht noch in anderen Wirkungen hervorgetreten sein kann, deren nur zufällig in den Quellen nicht gedacht wird.

Diess wird vor Allem unbedenklich angenommen werden dürfen von der

IV. Möglichkeit eines *Constitutum debiti proprii*, wenn je die

L. 2 C. h. t. in den Worten: *vel alius agnovit debitum* nicht direkt auf solches sich beziehen sollte. Denn die Einwendung, welche gegen dessen Statthaftigkeit erhoben worden ist: dass nämlich eine *per exceptionem* elidirbare Schuld nicht con-

stituiert werden könne (L. 3. § 1 pecunia const. 13. 5)⁹⁾, trifft offensichtlich nicht zu. Ist doch als Grund dieses Satzes ausdrücklich angegeben, dass keine debita pecunia vorliege, wenn die obligatio civilis jure praetorio i. e. per exceptionem beseitigt werden könne, während die exceptio Senatusconsulti Macedoniani das vorhandene debitum nicht beseitigt. Die Analogie sowohl der Novation als der Verbürgung aber spricht entschieden für die Zulässigkeit des Constitutum.

Was die Wirkung eines solchen constitutum betrifft, so kann es kaum einem Bedenken unterliegen, dass dann, wenn der filius durante potestate constituiert hat, die exceptio S.C. Macedoniani auch der actio de pecunia constituta gegenüber begründet ist (vgl. IV. 2. b), sowie dass das constitutum des paterfamilias, sobald solcher nur die Schuld als Darlehensschuld des Sohnes kennt, die exceptio allgemein beseitigt, aber selbstverständlich den paterfamilias nicht über den Betrag des peculium tenent machen kann (vgl. den § 50. IV. 1 und dazu L. 1. § 8 pr. const. 13. 5).

Bei dem Constitutum Seitens des filius oder des pater nach Lösung der potestas dagegen kommt es, was die Zuständigkeit der exceptio gegen die actio de pecunia constituta betrifft, darauf an, ob nach den Umständen des concreten Falles Verzicht des Constituenten auf die exceptio angenommen werden kann oder nicht

arg. L. 3 pr. const. pec. 13. 5. L. 33 pr. don. 39. 5. L. 8 jud. 5. 1.

— eine Ansicht, mit welcher auch L. 2 C. h. t. wohl verträglich ist. Denn wenn in dieser Constitution das Constitutum erwähnt wird, geschieht es in den Worten »vel alias agnovit debitum«; der Gesichtspunkt der Anerkennung aber führt keineswegs unbedingt auf den Ausschluss der Einrede. Weiss freilich der Constituent, dass es sich um eine durch exceptio anfechtbare Schuld handelt, so wird unbedenklich die Absicht, in dem Constitutum und durch solches die Einrede bis zu dem Betrage der pecunia constituta zu beseitigen, angenommen werden dürfen.

Zweifelhafter ist

⁹⁾ Dietzel a. a. O. S. 126 fl.; vgl. gegen solchen Schwanert a. a. O. S. 360 fl.; Dückers p. 85 u. 86.

V. die Zulässigkeit der Compensation
mit contra Senatusconsultum verstossenden Darlehensschulden des Hauskindes ¹⁰⁾.

Auf der einen Seite steht zwar fest, dass mit Naturschulden compensirt werden kann;

L. 6 comp. 16. 2 (Ulp. lib. 30 ad Sabinum) vgl. mit L. 20.

§ 2 statul. 40. 7 (Paulus lib. 16 ad Plautium),

auf der anderen Seite ist ebenso unzweifelhaft, dass nirgends in den Quellen die Compensation mit Darlehensschulden der Hauskinder entweder für zulässig oder für unzulässig erklärt wird. Denn die

L. 9. § 1 h. t. (Ulp. lib. 29 ad Edictum),

welche man als Beweis für die Unzulässigkeit der Compensation anzuführen geneigt sein könnte, ist sicher völlig irrelevant, da es sich in ihr um einen Anspruch des Hausvaters gegen den Foenerator handelt und die naturale Verbindlichkeit ex mutuo den Hausvater nicht ergreift. Der Ausschluss der Rückforderung Seitens des Hausvater beerbenden Haussohnes aber

L. 26. § 9 cond. 12. 6 (Ulp. lib. 26 ad Edictum) vgl. dazu

oben I. a und b je am Schlusse.

hat seinen Grund darin, dass der gewesene Haussohn den Mangel des Rechtes und der Veräusserungsbefugniss zur Zeit der solutio dem von ihm selbst vorgenommenen Solutionsakte gegenüber ohne Unbilligkeit nicht geltend machen kann.

Fehlt es so an einer quellenmässigen Bestätigung der Anwen-

10) Die Ansichten über die Zulässigkeit der Compensation sind getheilt. Für solche sind unter Anderen: Glück XIV. S. 312; Schwanert a. a. O. S. 361 fl.; Dückers p. 99 sq.; Ryck a. a. O. S. 104; gegen solche: Krug, die Lehre von der Compensation S. 116 fl. (unter Berufung auf L. 14. comp. 16. 2), Unterholzner I. 149. Note i (weil dem Zwecke des Verbotes entgegen); Sintenis, Civilrecht § 108 bei Note 43; Dernburg, Compensation, 2. Aufl., S. 471 (mit Rücksicht auf die Intention des Senatusconsultes); von Scheurl in Jherings Jahrb. VII. 341 fl.; Windscheid § 289. Note 21; Seydel a. a. O. S. 49 fl.; vgl. auch Holtius, Abhandlungen S. 30 fl. Das Ueberwiegen der Verneinung in der neueren Zeit hängt damit zusammen, dass über der richtigen Erkenntniss der verschiedenen Grundlage, verschiedenen Ausbildung und verschiedenen Wirksamkeit der einzelnen Naturalobligationen (vgl. unten N. 12) die dennoch vorhandene Gemeinschaftlichkeit mancher Gedanken und Bestimmungen leicht übersehen wird.

dung jenes Satzes auf die hier in Frage stehende Naturalobligation, so hängt die Entscheidung über dessen Anwendung von der Entscheidung der beiden Vorfragen ab: einmal ob die Gründe der Compensabilität auch bei Darlehensschulden des Haussohnes zutreffen und weiterhin ob nicht Zweck und Inhalt des im S.C. Macedonianum ausgesprochenen Verbotes auf die Ausschliessung der Compensation führen.

In ersterer Beziehung liegt auf der Hand, dass die Compensation mit Naturalforderungen nicht auf den Satz zurückgeführt werden kann:

Dolo facit, qui petit quod redditurus est. (L. 173. § 3 R. J. Paulus lib. 6 ad Plaut.)

Vielmehr muss der L. 6 comp. entweder die Argumentation zu Grunde liegen, dass der Naturalobligation nur die Klagbarkeit fehle, Durchführung der Compensation aber ohne Klagbarkeit möglich sei. Oder aber es hat die Analogie der soluti retentio sich geltend gemacht: wie das solutum nicht zurückgefordert werden kann, weil der Empfänger im gezahlten Werthe nur einen ihm geschuldeten Werth hat, so kann der Naturalgläubiger compensiren, weil er in dem von ihm (civiliter) geschuldeten Werthe nur einen ihm (naturaliter) geschuldeten Werth hat ¹¹⁾. Letzteres ist wohl der richtige Grund, da die Auffassung der Naturalobligation als einer Obligation, der alle regelmässigen Wirkungen ausser der Klagbarkeit zukommen, der römischen Jurisprudenz fremd gewesen zu sein scheint. Darf von ihm ausgegangen werden, so liegt die Annahme nahe, dass überall, wo soluti retentio zulässig und kein spezieller Gegengrund vorhanden ist, auch die Compensation statthaft ist — so richtig es auch ist, dass die einzelnen Naturalobligationen sich im Allgemeinen gesondert entwickelt haben, und von der einen nicht ohne Weiteres auf die andere geschlossen werden darf ¹²⁾.

Kömmt es hienach auf die Entscheidung der zweiten Vorfrage an, so möchte zunächst in Betracht zu ziehen sein, dass es sich bei der Darlehensschuld des Hauskindes nicht um eine nur halb zur Anerkennung gelangte, dem Rechtssysteme an sich fremde Obliga-

¹¹⁾ Dieser Ausgangspunkt ist angedeutet von Scheurl, Beiträge I. S. 171, vgl. auch Brinz, Krit. Blätter III, S. 49.

¹²⁾ Brinz, Krit. Blätter III. 57 f.; Bekker in seinem Jahrb. IV. 402 f.

tion handelt, sondern um eine obligatio civilis, deren Wirkungen durch das singuläre Eingreifen des Senatusconsultes gemindert sind; und dass das Senatusconsult, indem es die actio petitioque verweigert, wenigstens unmittelbar keinen Anhaltspunkt für die Annahme gibt, dass der Obligation mehr als die Klagbarkeit entzogen sein solle. Aber auch der Zweck des Senatusconsultes fordert die Versagung der Compensation nicht nothwendig: diess zeigt am Besten der Umstand, dass eine irrthümlich gemachte Zahlung dem Gläubiger verbleibt. Denn hieraus erhellt, dass eine von Zufällen abhängige und vom Gläubiger nicht ohne Weiteres herbeiführbare Tilgung der Schuld nicht ausgeschlossen werden will: wie solche denn auch das nomen incertum nicht zu einem nomen bonum zu machen, und insoferne keine Veranlassung zu verbotenem Creditiren zu geben vermag.

Ist es hienach gerechtfertigt, dem Gläubiger die Compensation zu gestatten, so nöthigt doch das Verbot des Senatusconsultes, dann, wenn in fraudem Senatusconsulti gehandelt wird, die Compensation auszuschliessen — also z. B. wenn der Haussohn als Haussohn dem foenerator auf Credit verkauft, um ihm die dereinstige Compensation zu ermöglichen, oder wenn der foenerator einem Schuldner des filius zum Behufe der Compensation creditirt¹³⁾. Eine weitere Einwirkung des Senatusconsultes tritt darin hervor, dass die Condiktion, die sonst Derjenige hat, der sich irrthümlich der Compensation nicht bedient (L. 10. § 1. comp. 16. 2.), dem foenerator versagt sein muss: würde doch durch solche in direktem Widerspruche gegen das Senatusconsult eine Klage gegeben, die dem Effekte nach auf die Bezahlung des mutuum contra Senatusconsultum datum gerichtet ist.

Im Uebrigen ist über Voraussetzungen und Durchführung der Compensation Nichts zu bemerken — denn dass durante potestate die Compensation für die Regel unmöglich ist, weil der Haussohn nicht Gläubiger sein und gegen eine actio des Hausvaters nicht compensirt werden kann, erscheint als selbstverständliche Folgerung mehrfach berührter und festgestellter Rechtssätze.

13) Mehr lässt sich wohl aus den Argumenten nicht folgern, mit denen d'Avis und Arndts (G.Z. N. F. X. Nro. 5), unter Beistimmung von Vangerow Anm. 2 zu § 574, die Unzulässigkeit der Compensation mit cedirten Naturalforderungen begründen wollen. Vgl. auch Windscheid § 335. Note 16.

2 P.4 7/77, 88

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 075 178 806



